

Les Cahiers de droit



Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé

Vincent Gautrais

Volume 37, numéro 1, 1996

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043381ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043381ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gautrais, V. (1996). Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé. *Les Cahiers de droit*, 37(1), 121-173. <https://doi.org/10.7202/043381ar>

Résumé de l'article

Dans le présent travail, l'auteur s'interroge sur une notion tellement connue que l'on en oublie ce à quoi elle correspond vraiment : le contrat. En effet, la pratique courante, et plus précisément les techniques modernes de communication telles que l'échange de documents informatisé (EDI), nous incite à croire qu'une révision de la théorie générale des contrats devrait être amorcée.

Sur la base de l'oeuvre de conceptualisation du professeur américain Ian R. Macneil, l'auteur propose de revisiter ce concept phare, substituant la sacro-sainte volonté à une notion plus adaptée, plus sociale. Son objectif avoué est donc bien de rétablir une meilleure correspondance entre la pratique et la théorie, plus précisément entre la réalité du commerce électronique et la notion de contrat.

Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé*

Vincent GAUTRAIS**

Dans le présent travail, l'auteur s'interroge sur une notion tellement connue que l'on en oublie ce à quoi elle correspond vraiment : le contrat. En effet, la pratique courante, et plus précisément les techniques modernes de communication telles que l'échange de documents informatisé (EDI), nous incite à croire qu'une révision de la théorie générale des contrats devrait être amorcée.

Sur la base de l'œuvre de conceptualisation du professeur américain Ian R. Macneil, l'auteur propose de revisiter ce concept phare, substituant la sacro-sainte volonté à une notion plus adaptée, plus sociale. Son objectif avoué est donc bien de rétablir une meilleure correspondance entre la pratique et la théorie, plus précisément entre la réalité du commerce électronique et la notion de contrat.

This paper deals with a concept that is so well known that we tend to forget exactly just what it encompasses ; we are referring to « contracts ». Present commercial practice and especially modern communication techniques such as Electronic Data Interchange (EDI), highlight the need for a new approach to the theory of « contracts ».

* Le présent article est une version corrigée de l'examen de synthèse de l'auteur dans le cadre de son doctorat en droit (LL.D.), dont le sujet de thèse est : « Les contrats de vente par EDI en commerce international ». L'auteur tient à remercier son directeur de recherche, Guy Lefebvre, pour ses commentaires et ses encouragements.

** Maîtrise (France), LL.B., LL.M., LL.D. (en cours).

Based on the work of the American law professor Ian R. Macneil, we re-examine the concept of « contracts » and propose replacing the obsolete « will theory » by a more practical and socially adapted concept. Our aim is to forge a new link between practice and theory, one that fits the reality of electronic commerce and the concept of « contracts ».

	<i>Pages</i>
1. Une analyse descriptive du contrat par EDI	126
1.1 La recherche d'une correspondance entre la pratique et la théorie.....	127
1.1.1 Le contrat vu dans son ensemble	127
1.1.1.1 La théorie de la volonté dans les contrats : une approche obso- lète.....	127
1.1.1.2 Une analyse factuelle de la pratique commerciale: l'étude de Stewart Macaulay	131
1.1.2 Une description de la pratique des contrats par EDI.....	132
1.1.2.1 L'explication de la technique de l'EDI.....	132
1.1.2.2 Une analyse factuelle propre aux contrats par EDI	135
1.2 La nature coopérative du fondement de la notion de contrat.....	137
1.2.1 Une description de l'approche relationnelle	138
1.2.1.1 Les sources du contrat	138
1.2.1.2 La perception du contrat dans son environnement: les dix normes du contrat	141
1.2.1.3 La dichotomie des contrats existants.....	145
1.2.2 Une application critique de la théorie relationnelle au domaine particulier des contrats informatiques.....	148
1.2.2.1 Une vision critique de l'approche de Ian R. Macneil.....	149
1.2.2.2 Une application aux contrats par EDI	151
Conclusion.....	152
2. Les notions de substitution au fondement de la force obligatoire du contrat par EDI ...	154
2.1 La mise en avant d'éléments subjectifs comme fondements de la force obliga- toire du contrat	155
2.1.1 La notion « du juste et de l'utile »	155
2.1.2 La bonne foi comme fondement de la force obligatoire du contrat.....	157
2.1.2.1 Le principe de la bonne foi dans les pays de common law	158
2.1.2.2 Le principe de la bonne foi dans les pays de droit civil.....	160
2.1.2.3 Le principe de la bonne foi en droit international	161
2.1.3 Une vision consécutive de la notion de contrat.....	162
2.2 La nécessité de l'objectivation des éléments subjectifs choisis	165
2.2.1 L'emploi de la notion d'« accord de volontés »	167
2.2.2 La prise en considération des usages commerciaux internationaux.....	168
Conclusion.....	172

Que pourrait être le droit sinon une tentative d'appréhender de façon satisfaisante la « réalité vivante¹ » par l'intermédiaire des règles juridiques ? Cet objectif, utopique s'il en est², ne s'accomplira qu'à l'intérieur d'un cadre théorique qui guidera le droit positif pour lui permettre de régir les choses de la vie avec le plus d'harmonie possible selon des principes directeurs déterminés. La théorie du droit est donc cette matière, préalable à l'édiction de normes, qui cherche à définir la trame conceptuelle des règles applicables aux administrés³, selon des critères que l'on peut séparer en deux : soit un critère qualitatif⁴ qui apporte un point de vue subjectif sur ces lignes directrices du droit ; soit un critère de fidélité descriptive liée à l'observation⁵, permettant de concilier la théorie et la pratique, cette dernière étant guidée de façon inductive par la première. Cette dichotomie peut être rapprochée sans aucun doute des « deux modèles généraux de connaissance » présentés par Vittorio Villa⁶, l'un prônant le contact avec la réalité, l'autre la mise en avant d'un préalable construit, subjectif.

-
1. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Arch. Phil. Dr.* 35, 57 : « Que la construction ainsi proposée présente une part de schématisation non dépourvue d'arbitraire, cela n'est pas contestable. La réalité vivante et complexe des relations contractuelles se laisse difficilement enfermer dans des concepts. » Cette appellation nous remémore l'appréciation de R. DÉMOGUE, cité dans G. ALPA, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique », (1985) 1 *R.I.D.C.* 7, où le contrat est assimilé à « une chose vivante ».
 2. Cicéron, juriste réputé, ne disait-il pas que « le domaine du droit commence là où finit la recherche de la vérité » ? Citation reprise dans J.-L. SCHEFER, « L'objet du droit », (1976) *Communications* 1. Ces doutes sont repris dans la doctrine moderne où il est permis de se demander s'il « n'existe pas un écart, peut-être considérable, entre la vision du droit, qui nous est familière, et la réalité » : P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », (1956) *Dalloz* 73.
 3. C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1985, pp. 106-107. Cet auteur, sans vraiment prendre parti, présente les diverses fonctions que peut suivre une théorie valable : ce peut être « celle qui rend mieux compte du droit positif [...] celle qui fournit des réponses satisfaisantes [...] aux questions nouvelles » ou celle qui favorise « la sélection de solutions justes ». Dès lors, les résultats obtenus par la théorie juridique seront fonction du tempérament de chacun.
 4. Ce peut être par exemple, en ce qui concerne les contrats, des notions comme la liberté, la justice, la bonne foi, la sécurité, l'utile, etc.
 5. En effet, cela semble être les deux critères donnés par le professeur Atias pour justifier une théorie. Si les motivations du pourquoi d'une théorie présentées par cet auteur sont au nombre de trois (*supra*, note 3), nous croyons en effet possible de regrouper sous le critère descriptif les deux premières acceptions présentées. Relativement à la fonction descriptive de la théorie, l'on peut citer E. SALLE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1930, p. 7 : « une théorie juridique doit [...] permettre d'aboutir par simple déduction à la solution du droit positif nouvellement dégagée. Il en résulte que le principe juridique doit être inductivement établi, non par sa seule intuition philosophique, mais en fonction des faits à justifier. »
 6. V. VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans

Or, au regard de l'émergence des nouvelles technologies, et de leurs potentialités contractuelles, nous avons cru constater qu'une rupture était justement patente entre la pratique qui s'amorce déjà et le droit qui essaye de s'appliquer à ces situations. S'il est certes dans la nature des choses que l'objet du droit soit matière mouvante et fluctue au hasard des évolutions, il appartient pourtant au théoricien, dans son office d'observation conceptuelle, de prendre le recul nécessaire avec les règles existantes. En l'occurrence, étant donné le choix de notre domaine d'étude, il se devrait de vérifier si les théories cachent derrière leur portée globalisante, corroborée par l'autorité gagnée par le temps, des incohérences par rapport à la réalité du commerce électronique⁷. Plus que de « gêner le moins possible la marche du progrès⁸ », le droit, norme sociale, doit, et ce sera l'objet de toute notre démonstration, permettre l'épanouissement des techniques offertes.

Sur la base d'observations présentées ultérieurement, nous prétendons ici que la théorie classique des contrats fondant son essence sur la notion de volonté n'est plus le concept qui permet de déterminer la force obligatoire des promesses contractuelles. Notre affirmation remet par conséquent en cause la fidélité descriptive de la théorie classique existante, qui, de manière indirecte, aura à terme pour conséquence de rendre plus incertaine la qualité que nous comptons lui voir attribuer.

Cette « déstructuration » est très largement souhaitée par bon nombre d'auteurs, aussi bien d'une manière générale⁹ que sur le point plus précis des

P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 281. Dans cette même optique, nous pourrions citer A.S. BURROWS, « The Will Theory of Contract Revived-Fried's « Contract as Promise » », (1985) 38 *Curr. L. Probs.* 141, 150: « it is clear that, for all those interested in contractual law [...] is to answer two questions; first, do we really understand what are the underlying principles upon which the more specific rules and doctrines of contract law are based?; and secondly, are we satisfied that those underlying principles accord with what is just? »

7. Cette distorsion entre la pratique et la réalité a pour effet premier de rendre les théories de plus en plus compliquées, ces dernières tentant de résister aux évolutions qui ne s'intègrent qu'au prix d'atténuations conceptuelles vouées à l'incohérence. Cela amène J.-G. BELLEY, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 *C. de D.* 1045, 1052, à prétendre que, « [d]ans le droit positif actuel, la famille des contrats se définirait comme famille nucléaire, en bonne partie monoparentale et peut-être éclatée en plusieurs familles de modèles différents. Le patriarcat a graduellement perdu contact avec sa progéniture qui est allée chercher en ville l'impulsion dynamique de son développement. » Cela est causé par le décalage croissant entre la théorie et la pratique, la dernière tentant de concilier la réalité avec les vieux credos conceptuels tirés de principes séculaires et obsolètes.
8. M.-A. HERMITTE, « L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique », dans *Ordre juridique et ordre technologique*, coll. « Cahiers S.T.S. », Paris, CNRS, 1986, p. 96.
9. T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1970, p. 68: « Failure of existing rules is the prelude to a search for new ones. »

contrats¹⁰. Plusieurs tentatives de substitution furent d'ailleurs effectivement présentées¹¹. Une approche critique s'impose d'autant plus dès lors que nous avons pris le parti de traiter des contrats par échange de documents informatisé (EDI)¹². En effet, ce modernisme consacré par l'informatique aura bien des difficultés à se conformer aux credos du droit des contrats qui basent depuis bien longtemps l'essence de la matière sur la volonté des protagonistes en relation. Cette constante, déjà largement remise en cause par bon nombre d'autorités juridiques pour son inadéquation à la réalité socio-économique, sera d'autant moins fidèle, juste et efficace dans ce mode particulier de formation de contrat, qui représente selon nous l'archétype du contrat moderne¹³. Notons que nous évoluons dans un domaine commercial¹⁴, et de surcroît international, et que ces deux facteurs accentuent l'amoindrissement de la volonté comme élément déterminant de la force obligatoire du contrat. En contrepartie, ces trois éléments (nouveau — commercial — international) sont autant de critères incitant à la mise en œuvre d'usages inspirés par la survenance d'une notion de bonne foi, digne d'exploitation juridique, tout particulièrement dans l'établissement d'un fondement du contrat.

-
10. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 7, 1045 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 1983, p. 259 : « Or, la volonté n'est pas tout : il y a le sentiment, il y a la passion. Le contrat est peut-être, assez naturellement, une adhésion, un acte de foi, un acte de confiance, donc un acte global, contrairement, à notre analyse tâtilonne qui essaye de le découper et de retrouver sous chacune de ses clauses une coïncidence de volontés. »
 11. L'on peut citer par exemple l'ouvrage de G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse de doctorat française, Paris, 1965, qui, dans un document de 641 pages, conclut par cette phrase sans appel : « le contrat n'est pas volonté ». Cela montre bien que le sujet est inépuisable et que notre réflexion, comparative, ne peut prétendre à l'exhaustivité.
 12. Nous entendons par contrat par EDI la situation par laquelle une obligation contractuelle est formée par la communication de messages codés et standardisés envoyés selon un mode structuré par l'entremise d'ordinateurs.
 13. « Qui pourrait croire que, dans un monde où tout évolue à grande vitesse, seule la théorie générale des obligations resterait immuable ? » : P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349.
 14. Corollaire immédiat du caractère codé de l'EDI, sa portée d'utilisation sera limitée aux seuls gens d'affaires, excluant donc les utilisateurs ou consommateurs finaux. La raison d'être de cette limitation provient de l'existence des standards inhérents aux EDI qui oblige à une prédéfinition. Or cette dernière n'est pas présente dans un rapport commerçant-consommateur où l'absence de relations préalables empêche cette éventualité. Aussi et surtout, au regard du droit que les législations attribuent aux consommateurs, il serait facile de prétendre que l'usage d'un tel code est en désaccord avec les intérêts du protégé, seule une langue naturelle étant susceptible de retranscrire sans ambiguïté la nature de l'échange.

Ces développements préliminaires ont pour objet de présenter, en se basant sur l'étude du contrat par EDI, que la sacro-sainte volonté, instaurée depuis le début du XIX^e siècle comme l'essence du contrat, n'est plus l'élément qui permet d'allouer une force obligatoire au contrat (1.). Cette déchéance une fois consommée devra inévitablement laisser la place à une ou des notions de substitution, plus en rapport avec la pratique contemporaine (2.), elles-mêmes sujettes à une obsolescence future. Nous comptons donc retrouver la dichotomie présentée par Christian Atias¹⁵ selon laquelle une bonne théorie doit répondre au double objectif de fidélité descriptive et de guide qualitatif, instituant des préceptes moraux ou utilitaires et faisant l'objet d'un choix de société.

1. Une analyse descriptive du contrat par EDI

*Inutile d'être désespéré, l'affaiblissement de la volonté n'est pas catastrophique, ne prépare pas à une humanité soumise et aliénée, n'annonce en rien la montée du totalitarisme : l'apathie désinvolte représente bien davantage un rempart contre les sursauts de religiosité historique et les grands desseins paranoïaques*¹⁶.

À la base est l'observation... Pour ce faire, il est pertinent de s'écarter des règles en tant que telles et d'essayer de mesurer si elles retranscrivent la réalité des choses. Il convient dans ce cas d'élargir son champ d'action, d'analyser l'institution juridique dans le cadre d'évolution dont elle fait partie¹⁷. C'est justement ce que nous tenterons de faire à l'égard du contrat par EDI afin de montrer que le concept de volonté, longtemps regardé comme étant l'essence du contrat, ne correspond pas à ce qu'il est vraiment (1.1). Cette institution juridique nous semble plutôt ressembler à un acte de coopération et, dans le cas qui nous intéresse, de coopération économique (1.2).

15. C. ATIAS, *op. cit.*, note 3.

16. G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide — Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983, p. 64.

17. « The practice of the law must be recognized as social service and not as a mere means of livelihood [...] [t]he understanding of the law in these practical senses requires the deeper investigation and the wider outlook » : K. LLEWELLYN, « Comments », (1917) 27 *Yale L. J.* 102, 103-104.

1.1 La recherche d'une correspondance entre la pratique et la théorie

1.1.1 Le contrat vu dans son ensemble

1.1.1.1 La théorie de la volonté dans les contrats : une approche obsolète¹⁸

Classiquement, il est de bon ton de reconnaître que le contrat trouve sa source dans la volonté des parties qui s'engagent l'une envers l'autre. Les notions, différentes, de « consensualisme », d'« autonomie de la volonté¹⁹ » dégagent l'idée, sinon de la suffisance, au moins de l'omniprésence²⁰ de ce caractère pour que la contraignabilité du contrat soit satisfaite.

Les disciplines relevant des sciences humaines sont d'un secours intéressant pour nous montrer que le contrat, en tant que réunion de volontés, est un outil récent qui n'avait pas cours dans le droit ancien²¹. Il ne peut, par conséquent, caractériser l'essence même du contrat²². Si cette volonté,

18. Ce questionnement relatif à la remise en cause de l'autonomie de la volonté a déjà fait l'objet de bien des commentaires. Nous nous limiterons donc à exposer simplement quelques-uns des arguments proposés en vue de cette démonstration.

19. Étymologiquement, l'expression signifie « pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi » : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses universitaires de France, 1980, p. 9.

20. Selon J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 91 : « Le consentement est la condition la plus importante de la formation du contrat, car s'engager c'est consentir par un acte de volonté non équivoque à assumer certaines obligations. »

21. M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », (1968) 13 *Arch. Phil. Dr.* 1, 3 : « notre théorie du contrat, « consensualiste », « volontariste », ce ne sont pas vraiment des juristes qui en furent les auteurs. Elle n'est pas d'origine romaine ni coutumière. Elle n'est pas née non plus dans le sein du droit canonique médiéval comme on le croyait autrefois. On chercherait en vain au Digeste une définition analogue à celle de l'article 1101, et notre « théorie générale » du contrat et des « vices du consentement », tout le monde le sait, est seulement un produit de la pensée moderne. » La même évolution historique est constatable dans les pays de common law où au XII^e siècle, époque de Ranulpho de Granville, il est établi que « that notion of agreements enforceable by mere consent was wholly foreign to English Law at this time, this seems to be an ingenious adaptation of Roman Law rather a misapplication » : G.D.G. HALL, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Londres/Edinbourg, Nelson, 1965, p. xxxviii ; R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1931 : en France, le principe d'autonomie de la volonté remonterait au XVI^e siècle. Néanmoins, le principe en tant que tel ne représentait qu'un moyen de facilitation des relations juridiques.

22. M. VILLEY, « Leçons d'histoire de la philosophie du droit », dans M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Paris, Dalloz, 1962, p. 274 : « il faut poser cette règle générale qu'une philosophie ne conquiert l'esprit des juristes et le droit qu'après des siècles d'incubation ».

sacralisée ultérieurement, n'était pas instituée comme le fondement de la force obligatoire du contrat, c'est qu'il existait un concept autre.

L'émergence de la notion poursuit des parcours différents en droit civil et en common law. En droit civil tout d'abord, le principe de l'autonomie de la volonté provient directement d'arguments philosophiques présentés dès le début du XIX^e siècle, concepts eux-mêmes soutirés des préceptes individualistes du Siècle des lumières²³. Le personnage le plus directement impliqué dans l'avènement de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté est indiscutablement Emmanuel Kant²⁴. Il rendit célèbre l'expression, le concept, et transposa l'empreinte philosophique sur le droit qu'il ne connaissait pas²⁵. Il en ressort que les qualités subjectives qui pouvaient être élaborées, telles que le juste, le bien ou l'utile, sont remises en cause par l'intervention d'une décision volontaire, « principe suprême de la moralité²⁶ ».

En common law, même si le consensus n'est pas consacré, la tendance principale tend à admettre que *the will theory* trouve son origine initiale dans Grotius et Pufendorf malgré le peu de compatibilité avec les auteurs anglais tels que Hume, Bentham ou Smith²⁷. Selon Atiyah²⁸, en accord avec les propos de Morton Horwitz²⁹, la common law, sous l'influence de données extérieures continentales³⁰, va voir ces théories volontaristes gruger peu à peu la tendance « paternaliste³¹ » très sensible dans la jurisprudence anglaise

-
23. Il est intéressant de lire dans l'article de X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », (1982) 4 *Rev. H.D.F.E.* 589, 610, que le Code civil a su se démarquer, de par l'impulsion dégagée par ses rédacteurs, de la vision rousseauiste qui base son regard sur le seul individu. L'auteur, à ce propos, cite Bonaparte selon lequel « [d]ans l'état de société, l'homme ne fait presque rien par le pur mouvement de sa volonté ».
 24. E. KANT, cité dans V. RANOUIL, *op. cit.*, note 19, pp. 11-12.
 25. M. VILLEY, *loc. cit.*, note 21, 4 : « Le malheur est qu'en l'occurrence nous devons notre science juridique à des penseurs parfaitement ignorants du droit. »
 26. E. KANT, cité dans V. RANOUIL, *op. cit.*, note 19, p. 90.
 27. P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 406.
 28. *Ibid.*
 29. M. HORVITZ, *The Transformation of American Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, pp. 161-210.
 30. Les auteurs les plus souvent cités par les historiens de common law sont von Savigny et Pothier.
 31. B. MENSCH, « Book Review : Freedom of Contract as Ideology », (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 753, 756 : « Atiyah argues that the classical view represented a marked departure from eighteenth-century legal paternalism. In the eighteenth century judges felt obliged not to enforce explicitly stated rights, but to do a substantive justice which was still conceived to be simultaneously moral and objective [...] Legal paternalism meant the imposition of standards of good faith on contract negotiations and a refusal to enforce oppressive bargains. »

du XVIII^e siècle. L'avènement de la théorie de la volonté en common law pourrait donc être daté du milieu du XIX^e siècle, sous l'influence, sans doute plus unanimes qu'en droit civil, de considérations politiques, qui harmonisèrent les deux systèmes de droit.

En effet, il est difficile de dissocier les théories basées sur la volonté de l'approche économique du laisser-faire³². Le courant libéral estima en effet que le meilleur moyen de ne pas avoir un jugement subjectif sur le contenu du contrat était de laisser la décision aux seules parties³³. L'option pour une telle position envers le laisser-faire n'était pas neutre, et elle s'avérera très rapidement politiquement marquée³⁴. Son influence sera d'autant plus grande qu'elle va prendre son essor durant une période où le droit se cristallisera³⁵.

Sur le plan juridique, il nous est possible de constater que les principes provenant de ces périodes de cristallisation subirent des atténuations. Ces dernières furent parfois si importantes qu'on peut se demander si elles n'ont pas dénaturé leur substance.

Le principe du consensualisme est nettement remis en cause par la pratique moderne des contrats, et particulièrement ceux qui sont érigés par

32. G. GILMORE, *The Death of the Contract*, Columbus (Ohio), State University Press, 1974 ; M. COHEN, « The Basis of Contract », (1933) 46 *Har. L. Rev.* 553, 558-565.

33. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », (1940) 10 *Arch. Phil. Dr.* 33, 48 : « On peut se demander en effet quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à instituer la convention comme état de fait créateur de droit. Il s'agit ici d'une question de politique juridique, à laquelle il faut répondre : parce que le législateur veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste [...] Si l'on se demande s'il est juste qu'un ordre juridique fasse usage dans une mesure quelconque du principe de l'autonomie, c'est-à-dire si l'on pose le problème de la justification de ce principe, on doit remonter jusqu'aux derniers jugements de valeur ou systèmes de jugements de valeur, tels que l'individualisme libéral et le collectivisme socialiste, et l'on doit finalement constater que le principe politique de l'autonomie en matière de contrats repose sur une conception individualiste ou libérale de la vie, qu'il n'est pas possible de justifier par la voie objective et rationnelle de la connaissance scientifique. »

34. P.S. ATIYAH, *Essay on Contract*, Oxford, Clarendon Press Paperbacks, 1990, p. 329.

35. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 27, p. 683 ou pp. 778-779. Dans le même esprit, voir E.M. HOLMES, « A Contextual Study of Commercial Good Faith : Good Faith Disclosure in Contract Formation », (1978) 39 *Univ. of Pitt. L. Rev.* 381, 387 : « [b]y according equal freedom of contract to inequals, the classical theorists opened the door to inequitable results. Such thinking, carried to its logical extreme, may cause its own destruction ; and it was later recognized that freedom of contract had to be limited in the interest of its preservation. To restore freedom and volition to parties in making the law of their contracts, a good-faith limitation on the agreement process might assure that bargain are in fact free, voluntary and consensual acts. »

l'entremise de l'EDI. De plus en plus formels, les contrats utilisent les fonctions de protection et de connaissance qui sont autorisées par de telles formalités. Mais le droit, parce qu'il doit défendre un certain nombre d'impératifs liés à l'efficience, la sécurité, va devoir prendre du recul par rapport à ces données brutes érigeant la volonté en un dogme tout puissant. La volonté n'est donc plus en matière juridique, à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle, l'intention véritable de ce que la partie a voulu dire³⁶, mais ce qui peut être directement déduit des manifestations qu'elle a témoignées, selon une interprétation raisonnable des faits.

Le principe de la liberté contractuelle lui aussi doit être substantiellement atténué. L'intervenant dans une relation contractuelle se voit opposer en effet bien des limites qui peuvent se catégoriser en trois ensembles : d'abord, et de la façon la plus tangible, il faut tenir compte de la pratique hautement répandue des contrats d'adhésion. Elle matérialise un rapport de force qui est inhérent à toute relation, quelle qu'en soit la nature. Cette relation conflictuelle incite, et c'est une deuxième source de limitation du principe de la liberté contractuelle, à des interventions législatives qui sont parfois très nombreuses. Enfin, donner une trop grande portée à la volonté au sein du contrat revient à prétendre que les parties sont capables de tout prévoir. Cela fait référence aux *default rules*, notion qui permet d'affirmer qu'en cas d'imprécision, comblée par exemple par l'interprétation que le juge fera du litige qui lui est confié, ce dernier se verra donner un rôle de production normative.

Autre concept dérivé de l'autonomie de la volonté qui a perdu de sa superbe : l'effet relatif des contrats. Une tendance marquée est en effet perceptible, où cette relativité qui limite aux seules cocontractants est elle-même relative³⁷. Une vision réaliste s'impose donc, s'exonérant souvent des grands principes directeurs eu égard aux circonstances.

Enfin, il est possible également de constater des atténuations du principe de force obligatoire du contrat lorsque par exemple, en guise de transition avec le contexte international que nous étudierons bientôt, l'adage *Rebus sic stantibus* (« Les choses demeurant en l'état ») trouve à s'appliquer lorsque de trop grandes modifications du contexte sont à constater. Cet état de fait va à l'encontre de la toute-puissance de la volonté dans l'édiction des liens constitutifs du contrat.

36. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 334 : « la volonté pure des individus [...] est parfaitement impuissante par elle seule à être le droit ; elle est liberté, anarchie, le contraire du lien contractuel, l'antithèse même de la loi ».

37. Voir par exemple, dans la jurisprudence québécoise, *Kravitz c. General Motors Products of Canada*, [1979] 1 R.C.S. 790.

1.1.1.2 Une analyse factuelle de la pratique commerciale : l'étude de Stewart Macaulay

Nous parlions en introduction de la « réalité vivante³⁸ », objet du droit, qui justifie l'organisation conceptuelle que nous tentons d'ériger présentement. Or, quelle est-elle vraiment ? Quelle est donc la situation qui justifie la mise en œuvre d'un engagement entre deux protagonistes commerciaux ?

En 1963, un article d'importance est présenté par Stewart Macaulay : « Non-Contractual Relations in Business : A Preliminary Study³⁹ », instaurant une tradition de recherches empiriques sur le commerce en général⁴⁰. Dans ce cas précis, l'auteur entreprend une enquête auprès de 850 entreprises, et notamment parmi elles les 500 plus importantes compagnies manufacturières des quinze années précédentes⁴¹, afin de décrire les habitudes contractuelles de celles-ci. Il en ressort qu'en pratique on constate un manque de formalisme relatif quant à la manière dont les accords se font⁴² et que la perspective du conflit judiciaire n'est vraiment pas la solution préconisée⁴³. La problématique de Macaulay est basée sur les deux fonctions fondamentales qu'il est possible d'attribuer au contrat. D'abord, le contrat est le moyen de créer une relation d'échange ; ensuite, le contrat est le moyen de résoudre les problèmes survenant au cours d'une telle relation. Relativement à la première fonction, Macaulay constate que les contrats ont une portée informationnelle variable, mais que, d'une manière générale, certains aspects sont plus favorisés que d'autres. Ainsi, alors que les stipulations propres au contenu du contrat sont assez précises (teneur de l'exécution et contingences), celles qui portent sur leur défaut (exécution

38. *Supra*, note 1.

39. S. MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », (1963) 28 *Amer. Soc. Rev.* 55.

40. J.-G. BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253, 257, à la note 1.

41. S. MACAULAY, *loc. cit.*, note 39, 55. Cet intérêt portant notamment sur les entreprises les plus importantes est à l'égard de notre sujet très pertinent, l'EDI étant particulièrement usité par ce type d'entreprises.

42. *Id.*, 58 : « Businessmen often prefer to rely on a « man's word » in a brief letter, a handshake, or « common honesty and decency » — even when the transaction involves exposure to serious risks. »

43. I.R. MACNEIL, « Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky », (1982) 68 *Virg. L. Rev.* 947, 968-969 : « Man is both entirely selfish creature and an entirely social creature, in that man puts the interests of his fellows ahead of his own interests at the same time that he puts his own interests first [...] Two principles of behavior are essential to the survival of such a creature : solidarity and reciprocity. »

défectueuse et sanctions légales) sont beaucoup moins détaillées⁴⁴. La seconde fonction dégagée par l'auteur est en fait relativement liée à la première. Sur la question du règlement des conflits, Macaulay parvient à la même conclusion, soit que le domaine du commerce n'est généralement pas spéculatif et l'adaptation des relations s'effectue dans la plupart des cas sans disputes⁴⁵. Devant ce constat, une contradiction suggérant deux questions majeures lui vient donc à l'esprit : pourquoi les pratiques non contractuelles sont-elles si communes ? Pourquoi les gens d'affaires s'évertuent-ils à utiliser des contrats, même sommaires, pour sceller leurs accords ?

En réponse à la première question, Macaulay explique tout d'abord qu'il existe une concurrence de moyens pour faire connaître à l'autre partie ce que sera le cœur de la transaction. Il y a en effet une tendance évidente à recourir aux normes externes, tels les usages qui sont souvent très présents dans certains secteurs manufacturiers. Aussi, les acheteurs ont très souvent l'occasion de tester les produits du vendeur, évitant souvent les mauvaises surprises. Il faut aussi tenir compte des sanctions non contractuelles que l'auteur de la faute s'impose à lui-même. Il en va de sa réputation à l'égard des clients. Ce peut être par exemple l'incitation qu'exerce le producteur sur son personnel afin d'obtenir un travail de qualité⁴⁶. Mais la raison première est sans doute l'intérêt que peuvent avoir les parties à faire perdurer une relation qui est souvent à répétition.

Étant donné l'importance des moyens concurrents, voire les désavantages qu'un contrat peut occasionner, l'on doit s'interroger sur l'opportunité de faire des contrats dans certaines situations. Selon Macaulay, il est des situations où le contrat offre plus d'avantages que d'inconvénients. Il peut par exemple pallier les besoins internes d'une grande entreprise, en servant comme moyen de communication sur ce que le client veut réellement. Il sert également lorsque les risques ou la complexité de la transaction sont tels que l'une des parties a besoin d'être exonérée de la responsabilité de l'autre. Eu

44. S. MACAULAY, *loc. cit.*, note 39, 58 : « many, if not most, exchanges reflect no planning, or only a minimal amount of it, especially concerning legal sanctions and the effect of defective performances. As a result, the opportunity for good faith disputes during the life of the exchange relationship often is present. »

45. Cela nous rappelle la dichotomie que nous avons déjà pu dégager du texte de C. DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », (1985) 94 *Yale L. J.* 999, selon lequel il y aurait deux fonctions fondamentales dans le contrat : le moyen de faire connaître et celui de régir les relations de pouvoirs. Apparemment, la démonstration de Macaulay décrit bien que la première fonction est nettement favorisée par les gens d'affaires.

46. Ce peut être une incitation positive comme une promotion éventuelle si l'employé ne fait pas d'erreur ou une incitation négative comme le licenciement en cas de mauvaise exécution de son travail.

égard à la gravité d'une erreur et au coût de la transaction, l'acheteur d'un avion par exemple a besoin d'être précisément protégé contre le dysfonctionnement provenant du constructeur. Cela est d'autant plus vrai lorsque les moyens concurrents sont inefficaces.

En guise de conclusion, Macaulay termine sur l'idée que le contrat, en tant qu'institution juridique, « often plays an important role in business, but other factors are signifiant⁴⁷ ». Macaulay a eu un rôle important dans cette voie en prônant l'ouverture vers la pratique⁴⁸.

1.1.2 Une description de la pratique des contrats par EDI

1.1.2.1 L'explication de la technique de l'EDI

La mutation technologique a, en quelques années, acquis une importance considérable. Une des caractéristiques essentielles de ces changements est que l'informatique est devenue un outil accessible au plus grand nombre étant donné sa convivialité, son faible coût, sa rapidité et son absence de limites géographiques. L'informatique devient communicante, confirmant une appellation déjà ancienne de « village global⁴⁹ ».

Parmi les différents modes de communication qui allient réseau et informatique, nous voudrions accentuer nos efforts sur une application pointue : l'EDI, plus précisément les possibilités contractuelles que ce moyen autorise. L'EDI permet la situation par laquelle une obligation contractuelle est formée par la communication de messages codés et standardisés. Ceux-ci sont envoyés selon un mode structuré par l'entremise d'ordinateurs⁵⁰ entre deux ou plusieurs partenaires commerciaux.

Si la définition présentée ici demeure assez communément citée, il existe pourtant des débats assez animés sur ce qu'il faut réellement comprendre par EDI⁵¹. Certes, l'EDI représente un médium s'intégrant dans la famille des modes de communication à distance. Il a pour spécificité, eu

47. S. MACAULAY, *loc. cit.*, note 39, 67.

48. R. GORDON, « MACAULAY, MACNEIL and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law », (1985) *Wisc. L. Rev.* 565. L'on peut citer le surnom de Macaulay donné par Grant Gilmore qui voyait dans celui-ci « Lord High Executioner ».

49. E. KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 54.

50. Cette définition en est une parmi d'autres et n'a pour office que d'exposer dans le cadre du présent texte les différentes facettes que ce nouveau médium présente.

51. Les conclusions à suivre sont en partie issues d'une discussion provenant d'un *newsgroup* dénommé Open EDI. Celui-ci regroupe des spécialistes de l'EDI, tant praticiens qu'universitaires.

égard à ses standards codés et ses structures prédéterminées⁵², de permettre une automatisation de la prise de décision. Or, certains considèrent à ce propos qu'il n'est pas nécessaire de parler d'EDI lorsque l'automatisation du processus n'est que partielle⁵³. Parmi ces précurseurs, Ken Steel estime qu'il n'est pas logique d'utiliser un langage codé, lourd, peu convivial, si ce n'est pour profiter des avantages qu'il autorise. Conjuguer intervention humaine et code d'EDI lui paraît être un usage outrancier de la technique, perdant de vue l'efficacité et la simplicité qu'elle est susceptible de permettre⁵⁴. D'autres, au contraire, croient que l'EDI partiellement automatisé, c'est-à-dire nécessitant une intervention humaine, est plus réaliste. Carl Hage est de ceux-là⁵⁵. Une telle alliance de l'automatisation et de l'intervention humaine offre des avantages de productivité des ventes et du personnel engagé dans le processus d'achat. La question n'est pas aisée et fort technique. Sans nous immiscer dans ce débat d'experts, qu'il nous soit permis de constater un certain nombre de points où les parties dans cette discussion parviennent à s'accorder. D'abord, la vision classique de l'EDI⁵⁶ est à terme vouée à disparaître. La concurrence de procédés plus conviviaux met en effet en péril la pratique de ces codes austères. Les auteurs citent bien entendu les médiums rattachés au World Wide Web et le courrier électronique, qui introduisent la notion de réseau ouvert. Pour prendre en considération cette réalité incontournable, Ken Steel évoque l'émergence future d'une deuxième génération d'EDI⁵⁷ qui serait capable d'intégrer cette nouveauté.

-
52. Les standards le plus souvent utilisés sont ceux qui ont été dégagés par EDIFACT, organisme onusien, qui s'emploie à fournir aux partenaires commerciaux un langage spécialisé de plus en plus complet.
 53. K. STEEL, « Categories of EDI », dans le groupe de discussion OPEN EDI, 5 septembre 1995. Pour souscrire à de tels groupes de discussion sur les EDI, voir l'adresse suivante : <http://www.premenos.com/Resourcess/internet/lists/>.
 54. *Id.*, p. 1 : « Are you not getting just too carried away with technology for the sake of technology and perhaps losing sight of the cost effectiveness and simplicity of getting the job done by the most appropriate method ? »
 55. C. HAGE, « Categories of EDI », dans le groupe de discussion OPEN EDI, 4 septembre 1995. Dans le même sens, A. GARCIA, « Categories of EDI », dans le groupe de discussion OPEN EDI, du 5 septembre 1995.
 56. Par vision classique, il est possible de comprendre ce qu'il est commun d'appeler l'EDI fermé. L'utilisation du réseau fermé correspond à la situation la plus classiquement reconnue : deux ou plusieurs parties s'accordent entre elles, au moyen d'une entente, sur les modalités qui vont leur permettre de former des contrats. Cette convention préalable prendra une forme, un degré de complexité, une étendue variables et pourra s'appeler « contrat d'échange », « accord de communication », etc. Voir par exemple K. BENYEKLHEF et V. GAUTRAIS, *Contrat type commenté, mise à jour 1995*, <http://www.droit.umontreal.ca/Nouveautes/contratType.html>.
 57. K. STEEL, « Categories of EDI », dans le groupe de discussion OPEN EDI, 6 septembre 1995, déclare : « Now some form of standard covering the structuring of the data is needed. The thrust of second generation edi is to send a machine-readable specification

En dépit des technicités, et des difficultés à les appréhender, il nous semble impossible d'éluder la notion de réseau ouvert dès lors que l'on souhaite traiter des EDI.

1.1.2.2 Une analyse factuelle propre aux contrats par EDI

Après cet interlude technique sur ce qu'est concrètement l'EDI, nous voulons montrer que la pratique des contrats par ce médium s'effectue dans un cadre de coopération, et non selon une vision individualiste traditionnelle. Dans un premier temps, il faudra tenir compte de la notion technique de l'EDI qui est fortement marquée par une forme rigoureuse. Les messages transmis sont, condition inhérente à leur bon acheminement, confectionnés selon une procédure précise, déterminée à l'avance, directement liée à leur compréhension. Cette forme est en effet indissociable de l'interprétation du fond, ne laissant que peu de place à la fantaisie⁵⁸. Le fond lui-même est également limitativement retranscrit, les messages étant de surcroît codés.

Outre ces premiers éléments, il faut également prendre en considération le cadre pratique dans lequel les messages sont transmis. Nous sommes en présence de ce que nous dénommons des « micro-contrats », non pas à cause du montant des transactions entreprises, mais du fait de l'utilisation qui en est faite. Ces contrats sont répétitifs, effectués quotidiennement, s'intégrant davantage dans un processus de gestion de données économiques, telles que l'offre, la demande, les stocks disponibles, plutôt que d'une mise en avant d'une volonté, isolée, indépendante d'un cadre plus général⁵⁹. Ce postulat prend à ce propos toute son ampleur quand nous nous arrêtons au système du « juste-à-temps » (JAT)⁶⁰, selon lequel la décision de

to tell your partner's computer how you will be structuring your e-mail. Most of the « edi » at the moment is actually transmitted by e-mail systems, and the data is structured according to a myriad of different formulae (ICs), each having to be specially catered for by the users by a manual process. Transmitting the formulae for the structures being generated by a particular application program to the trading partner would allow automatic compensation for all the differences. That is the thrust of 2nd generation edi. »

58. Ainsi, l'EDI se propose de communiquer une succession de messages qui, dans leur ensemble, sont susceptibles de matérialiser le dialogue nécessaire à la coopération consécutive du contrat, et ce, en respectant les critères de sécurité nécessaires à la confection d'un contrat. Un éclatement du contrat, comparativement à son équivalent sur papier, devra donc être constaté. La démarche du processus contractuel, conformément aux caractéristiques du médium, va se trouver « séquencée », c'est-à-dire qu'elle devra répondre à une dichotomie préétablie pour la compréhension.

59. R.T. NIMMER, *The Law of Computer Technology*, Boston/New York, Warren, Gorham & Lamont, 1994, n° 14.22. : « In current practice, many individual EDI exchanges incur under the auspices of broader contracts between the two parties regulating the terms of the EDI relationship or the obligation to supply or purchase goods. »

60. On trouve en anglais l'expression *Just-In-Time* (J.I.T.).

s'engager ou non est déléguée à un ordinateur préalablement programmé⁶¹. Point ultime de la déshumanisation du processus contractuel, cet élément volontaire est jugé suffisamment secondaire pour que l'on laisse l'opportunité de son intervention à une machine qui, en fonction de critères somme toute élémentaires, décide ou non de former l'entente.

Il existe encore un autre élément factuel ayant une influence sur la façon d'appréhender juridiquement la notion de contrat par EDI, la présence des réseaux. La notion de réseau est indissociable de l'informatique moderne et comprend une succession d'intervenants dans le processus de communication. La situation classique est celle où deux parties sont jointes par un serveur, titulaire de services, offrant à chacune une sécurité ou un confort dans l'échange de leur correspondance. Il y a également les situations de réseaux ouverts. Dans les deux cas, la relation n'est pas strictement bilatérale, et la démarche qui incite les parties à s'obliger de la sorte n'est pas forcément dictée par une attitude strictement volontaire. Dans certains domaines par exemple, l'EDI est un passage obligé pour tout fournisseur qui désire continuer d'avoir des relations avec un acheteur influent déjà équipé pour de telles communications⁶².

Enfin, il faut noter le caractère certes moins spécifique du contrat par EDI, en sa qualité de contrat d'adhésion. Il n'est pas utile d'approfondir ici ce trait particulier si répandu⁶³, qui a depuis longtemps été jugé comme un élément dénaturant le caractère volontaire du contrat. Le fait que le contrat par EDI donne lieu à un accord entre deux commerçants ne remet pas en cause la situation de rapport de force qu'il sera possible de constater.

À notre étude pratique sur la réalité des relations entre partenaires commerciaux, nous souhaitons ajouter quelques renseignements relatifs à l'usage particulier des EDI tels qu'il nous est donné de les observer à l'heure actuelle. En effet, il faut constater qu'en ce domaine le contrat n'est pas le passage obligé à tout engagement entre les acteurs économiques. Des chif-

61. On peut citer la présentation faite par J.-G. BELLEY, « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) 33 C. de D. 21, où l'exemple est donné d'une entreprise, Sécral (Société d'électrolyse et de chimie Alcan limitée), qui depuis 1989 a informatisé son système de fichier central avec ses 13 000 fournisseurs. Sous couvert d'un formalisme juridique rigoureux, Sécral laisse une large place à l'automatisation des décisions, celles-ci s'effectuant sans l'assentiment direct de celui qu'elles engagent. De manière plus générale, afin d'avoir une approche moderne du contrat d'approvisionnement, on pourra utilement lire l'article du même auteur, J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 40, 253.

62. G.A. NELSON, « EDI or D.I.E. (Disorganized Inefficient Environment): The Future Impact of EDI on U.S. Business », *EDI Forum*, 1991, p. 24.

63. Voir par exemple, W.D. SLAWSON, « Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power », (1971) 84 Harv. L. Rev. 529.

fres récents font état au Canada⁶⁴ du fait qu'une grande partie des entreprises utilisant ce médium s'engagent mutuellement sans passer par l'intermédiaire d'engagements officiels⁶⁵. Nous voulons tirer de ces quelques constatations que plus qu'une volonté, encadrée dans un outil juridique, ce haut pourcentage d'accords officieux montre que la donnée primordiale du négoce est davantage de faire des affaires que de se protéger derrière une volonté qui lie celui à laquelle elle s'attache. Lorsque la construction juridique est inadéquate, voire inexistante⁶⁶, les impératifs premiers de commodité, de fonctionnalité et de rapidité prennent le pas sur les constructions juridiques, qui manifestent au grand jour leurs carences.

Il va sans dire que si l'utilisateur du droit se donne le loisir de ne pas utiliser les techniques juridiques laissées à son service, c'est que son apport n'a pas lieu d'être en la circonstance. Le secours sécuritaire permis par le droit est donc jugé trop contraignant eu égard aux risques que la relation laisse entrevoir.

1.2 La nature coopérative du fondement de la notion de contrat⁶⁷

Si le contrat n'est plus basé sur cette volonté, et fort de la pratique commerciale que nous avons pu décrire, faut-il en conclure par conséquent qu'il s'agit d'une notion en déclin, voire d'un concept qui n'est plus⁶⁸? Ce n'est pas l'option que nous comptons présenter ici, pensant que le déclin apprécié par tous autorise encore à croire à son renouveau. Cela sous-entendrait d'abord un réexamen des prémisses conceptuelles du contrat, sur la

64. Les données proviennent d'une étude effectuée par l'Institut EDI en 1995 (à paraître). Les quelques données récoltées ici nous ont été transmises téléphoniquement par l'organisme en question.

65. Au total, 48 p. 100 des entreprises interrogées s'engagent ainsi, sans autre forme de procédure qu'un seul accord verbal, alors que 13 p. 100 utilisent le contrat-cadre classique et que, 29 p. 100 se confectionnent un cadre personnel. Par ailleurs, 10 p. 100 n'ont pas fourni de réponse.

66. CNUDCI, « Échanges de données informatisées », (1992) I D.I.T. 71 : « Il a été noté qu'il n'existait actuellement aucun régime juridique adéquat réglementant cette importante pratique, de plus en plus répandue, et que des travaux dans ce domaine permettraient de combler des lacunes juridiques et de réduire les incertitudes et difficultés rencontrées dans la pratique. »

67. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1970, livre XX, chapitre 2, p. 236 : « l'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes ; si l'une a intérêt à acheter, l'autre a intérêt de vendre, et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels. »

68. G. GILMORE, *op. cit.*, note 32. On peut en effet se poser la question à savoir si cette « mort » en est vraiment une, ou si, au contraire, elle ne traduirait pas une renaissance. L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », dans L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 14.

base de ce qu'il est vraiment. Dans cette optique, nous nous intéresserons tout naturellement à l'étude du professeur Macneil, et à son approche relationnelle des contrats, qui voit dans cette institution juridique une organisation généralement bien plus complexe qu'un simple contact défini, limité au bon vouloir des deux partenaires.

Voilà l'œuvre théorique que nous souhaitons exposer ici (1.2.1). En dépit de quelques critiques, celle-ci nous semble en effet pouvoir être particulièrement adaptée au cas précis des contrats par EDI (1.2.2).

1.2.1 Une description de l'approche relationnelle

Après avoir constaté la rupture actuelle entre la pratique et la théorie des contrats, Ian R. Macneil va tenter de conceptualiser la science du droit contractuel afin de l'harmoniser avec la réalité actuelle. Le contrat existe, comme un tout, entité cohérente avec des caractéristiques que l'on retrouve dans toutes les applications contractuelles qu'il est donné de rencontrer dans la pratique⁶⁹. Refusant de constater la mort du contrat⁷⁰, Macneil tente au contraire de le faire renaître de ses cendres, et ce, à l'aide d'un travail de conceptualisation que nous décrirons dans les lignes qui suivent.

Ce dernier trouve sa concrétisation dans un certain nombre de constructions théoriques qui essaient de déterminer les composantes du contrat. Plus précisément, Macneil décortique ce qui lui semble être les sources du phénomène contractuel (1.2.1.1) pour ensuite énumérer les éléments constitutifs (*norms*) de celui-ci (1.2.1.2). Ces deux élaborations conceptuelles vont participer à la confection d'une dichotomie originale entre les contrats discrets et les contrats relationnels (1.2.1.3) retranscrivant selon lui un aperçu de la réalité de la pratique contractuelle. Une réalité plus attachée à son environnement et moins à la stricte volonté des individus contractants.

1.2.1.1 Les sources du contrat

Sur la base d'une recherche historique, voire préhistorique, Macneil présente quatre sources principales du contrat : la première réside dans la notion d'échange, directement dépendante de la spécialisation du

69. I.R. MACNEIL, « Whither Contracts ? », (1969) *Jour. of L. Ed.* 403 : l'auteur déclare que la notion générale de contrat (*contract in-gross*) existe, ce qui l'oppose à plusieurs de ses collègues qui trouvent au contraire que, sous la seule appellation de « contrat », l'on regroupe des réalités sans liens communs.

70. Devant l'incohérence qu'il est possible de constater entre pratique et théorie, plusieurs auteurs ont en effet préféré déclarer que le contrat était mort. Voir par exemple G. GILMORE, *op. cit.*, note 32.

travail⁷¹. La deuxième est, bien entendu, la volonté qu'il ne s'agit pas de totalement remettre en cause⁷². Il faut pourtant grandement réduire son rôle, jusqu'à admettre selon Macneil que les engagements forcés sont de même nature que le contrat au sens où nous l'entendons traditionnellement⁷³. Pour résumer, « the second primal root of contract is the existence of a sense of choice and its exercise (apparent or real) unfettered by recognized total physiological determinism, but irrespective of the degree of social control of the will⁷⁴ ».

En troisième lieu, il apparaît, selon Macneil, qu'il est un fait de la nature vivante de tenter de connaître l'environnement dans lequel l'être humain évolue afin de prévoir son futur⁷⁵. À ce propos, l'antécédent le plus notoire de ce sentiment futuriste inhérent à la nature humaine est la création d'outil⁷⁶. Le contrat ne serait rien de plus qu'une manière d'appréhender le futur, en se basant sur les prolongements puisés dans le passé et le présent⁷⁷. Enfin, le quatrième et dernier élément constitutif du contrat est la matrice

-
71. Une importance tout aussi marquée est manifestée pour ce concept d'échange par J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987, pp. 111 et suiv. : l'auteur réhabilite en effet la notion d'échange, sur la base des idées des économistes du XVIII^e siècle, celle-ci correspondant à une vision plus réaliste de l'opération effectuée. L'« échangiste » est ainsi davantage vu comme un être motivé par la réalisation d'un besoin que par une simple volonté.
 72. I.R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *South. Cal. L. Rev.*, 701-702 : « Without freedom of will (real, imagined or postulated) contract becomes conceptually indistinguishable from any other mechanistically imposed phenomenon such as the exchange of positive and negative charges through a cell membrane. »
 73. *Id.*, 704. Pour démontrer ces prétentions, Macneil invoque trois raisons principales : 1) il est rarement possible de trouver une situation où la pression sociale n'existe pas ; 2) la pression d'autrui est inhérente à la notion de contrat, dans le sens où « [a]ny insistence on exchange itself can be analysed as a form of coercion since [...] each party would rather get what is sought free than to give up something for it [...] In reality, vast numbers of the contracts forming the web of modern life are significantly coercive in this sense » ; 3) enfin, il existe différentes sortes de pressions, qu'il n'est possible de différencier qu'en employant des critères quelque peu artificiels.
 74. *Id.*, 705-706.
 75. « The great development of the forebrain in man may in large measure be viewed as an anticipatory network that permits some of the cardinal features of human adaptation » : J. HAMBURG, « The Relevance of Recent Evolutionary Changes to Human Stress Biology », dans S.L. WASHBURN (dir.), *Social Life of Early Man*, Chicago, Aldine Publishing, 1961, p. 284.
 76. Dans cet esprit, la création d'outil n'est pas « [an] occasional use of a boulder or a tree branch for attack or defense but the intentional organization of a raw material for the purpose of achieving a specific goal » : F.-M. BERGOUNIOUX, « Notes on the Mentality of Primitive Man », dans S.L. WASHBURN (dir.), *op. cit.*, note 75, pp. 110-111.
 77. D'où le titre de ce troisième élément du contrat : « Conscious Awareness of Past, Present and Future ».

sociale, sans laquelle le contrat est non seulement indéfinissable, mais aussi complètement inexplicable⁷⁸.

Sa théorie, originale s'il en est, et tout particulièrement le quatrième élément, nous paraît devoir être rapprochée, sans pour autant l'assimiler, à la vision structuraliste des contrats qui a été faite en France par Pierre Dauchy⁷⁹. Si la théorie de Macneil prend appui principalement sur une description personnelle de l'échange, sur la base d'une somme importante de recherches en sciences sociales, elle trouve son essence, conformément à l'approche structuraliste, dans la toute-puissance des relations et la minimisation du sujet. Dauchy, dans son article, se base notamment sur le philosophe Hjelmslev, qui considère qu'« une totalité (ici le contrat) ne se compose pas d'objets (ici les individus) mais de dépendances, et que ce n'est pas sa substance, mais bien ses relations internes et externes qui ont une existence scientifique⁸⁰ ».

À ce sujet, Jean-Guy Belley a traité, pratiquement, de l'importance de cette structure dans le processus organisationnel d'une grande entreprise québécoise, Alcan. Il en déduit que « la réalité organisationnelle d'Alcan agit

78. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 72, 711 : « Any human activity is meaningless and inexplicable when taken out of the context of the social matrix in which it occurs; indeed without such a matrix man is not man, but something else. » À titre d'exemple, le professeur Macneil écrit que tout contrat « necessarily postulate a social matrix providing at least the following : (1) a means of communication understandable to both parties ; (2) a system of order so that the parties exchange instead of killing and stealing ; (3) typically, in modern times, a system of money ; and (4) in the case of exchanges promised, an effective mechanism to enforce promises » : I.R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », (1983) *North. Univ. L. Rev.* 340, 344.

79. P. DAUCHY, « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », (1981) 26 *Arch. Phil. Dr.* 269, 276 : « Aussi, à la conception d'une frontière linaire enfermant le contrat, il convient de substituer l'idée d'un champ cohérent, non pas déterminé par une limite, mais rayonnant à partir d'un centre, qui est l'échange d'informations et de prestations entre les parties selon un système socialement significatif et utile. »

80. L. HJELMSLEV, *Prolégomènes à une théorie du langage*, Paris, Éditions de Minuit, 1968, p. 40 ; P. DAUCHY, *loc. cit.*, note 79, 271, dans cette optique, constate que la méthode structurale « renverse donc l'ordre des priorités, en faisant dépendre le sujet des faisceaux de relations qui se tissent autour de lui ». En débordant à peine sur la partie suivante, nous prendrons les paroles de l'auteur qui se rappelle les auteurs grecs, trop oubliés à son goût, qui, tel Aristote, considèrent qu'il « existe un partage juste des biens, et lorsqu'un bien vient à disparaître d'un patrimoine [...], la contrevalet se trouve affectée au patrimoine qu'il a quitté, ceci en vertu de l'ordre juste de la cité, et seuls sont munis d'une action les contrats qui sont en accord avec cet ordre ».

comme facteur fondamental de structuration des comportements et des représentations qui identifie la pratique contractuelle⁸¹ ».

1.2.1.2 La perception du contrat dans son environnement : les dix normes du contrat

Si le contrat strictement regardé (*contract dimension*) retranscrit les quatre sources présentées précédemment, il est aussi sujet à des influences qui lui sont extérieures et que Macneil dénomme les *values-arena*. Ces dernières font référence à un certain nombre de valeurs, communes, qu'il est possible de retrouver dans toutes sortes de contrats. Quelques années après son article publié en 1974, et dans une logique similaire, Macneil propose une deuxième élaboration de définition du contrat, plus précise, plus complexe également. Il en ressort dix normes⁸² constitutives du contrat qui sont les suivantes :

- 1) l'intégrité du rôle joué par les parties d'un contrat (*role integrity*⁸³) : malgré le caractère flou de la notion et le peu de commentaires y afférents, Macneil résume ce concept à trois éléments : d'abord, comme dans tout rôle⁸⁴ « joué » par un individu dans la société, il existe une obligation de répondre aux attentes des autres. L'auteur d'un acte a donc pour obligation de faire preuve de *consistance*, conformément à ce que la société exige de lui⁸⁵. Dans la réalisation de ces exigences, il y a, facteur inhérent au contrat, une relation de *conflit* entre ses intérêts directs et les exigences que la société lui impose afin de pouvoir lui reconnaître son « rôle⁸⁶ ». Enfin, Macneil ajoute un troisième élément à

81. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 40, 259. Sur l'importance de l'organisation dans la pratique du droit des affaires, voir J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967.

82. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 347. Cette élaboration avait déjà été proposée dans I.R. MACNEIL, *The New Social Contract—An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, pp. 39 et suiv. ; I.R. MACNEIL, « Relational Contract Theory as Sociology », *Journal of Institutional and Theoretical Economy*, n° 143, 1987, p. 272, 276.

83. Dans I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 40-44, l'auteur base ses développements sur un certain nombre de sociologues américains traitant de la « théorie des rôles ».

84. T. CAPLOW, *Toward Social Hope*, New York, Basic Books, 1975, p. 14, cité par I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 43. Caplow donne une définition du « rôle » tel qu'il l'entend : « a pattern of behavior expected of a person occupying a given social position when he interacts with those who occupy other given position ».

85. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 41, prend l'exemple d'un chauffeur de taxi qui serait en même temps philosophe. La consistance de ses actes ne serait plus réalisée s'il devait, en plein milieu d'une course, faire connaître à son client qu'il décide de devenir philosophe à plein temps et le laisser là, sans plus d'égards.

86. Voir *infra*, la cinquième norme relative à la solidarité contractuelle.

sa notion de *role integrity* : la *complexité*. En effet, la spécialisation du travail⁸⁷, la nature résolument complexe des individus font que la détermination du rôle de chacun est sujette à des interprétations différentes selon les individus ;

- 2) la réciprocité : soit la contrepartie qu'il est prévisible de recevoir en échange de quelque chose⁸⁸. L'échange a donc lieu d'être seulement si un avantage peut raisonnablement être déduit de l'engagement entre les parties (*exchange-surplus*). Cette réciprocité, notons-le, n'est pas seulement une norme individuelle, assujettie à l'idée que peuvent se faire les parties d'un contrat. Dans la plupart des cas, et notamment dans les contrats d'adhésion, l'ampleur des contreparties est déterminée par un standard social de « réciprocité », d'« égalité » (*evenness*), qu'impose sans doute l'efficacité de tout système cohérent⁸⁹. L'importance d'une telle norme sociale peut aussi être justifiée par des motifs de justice sociale⁹⁰ ;
- 3) la planification (*implementation of planning*) : cela correspond ici au degré de capacité que possèdent les parties à prévoir l'ensemble des normes concernant les relations contractuelles qui les relieront. Certains contrats, et nous le verrons plus tard, sont en effet relativement « autosuffisants » et ne font référence qu'aux seules données présentes dans la transaction. Généralement, ce sont des conventions assez spontanées, qui n'ont que peu d'attaches tant dans le passé que dans le futur⁹¹. D'autres, au contraire, ne peuvent être définies que par rapport à des normes extérieures au contrat *stricto sensu*, à la « matrice sociale » dans laquelle le contrat évolue⁹² ;
- 4) la réalisation du consentement (*effectuation of consent*) : comme nous pouvons nous en douter après avoir décrit les sources premières que Macneil avait exposées dans son article « Many Futures of Con-

87. Voir *supra*, la première des sources du contrat dégagée dans la section 1.2.1.1. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 72, 701.

88. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 44. Dans cet ouvrage, l'auteur employait le terme « mutualité » à la place de « réciprocité ». Il décide sciemment d'opérer ce changement dans son article de 1983, parce qu'il trouve le terme « mutualité » trop négatif et limitatif.

89. *Infra*, note 134.

90. Il est bien des cas où une protection particulière d'une catégories de personnes par rapport à une autre est instituée. C'est par exemple le cas des consommateurs qui bénéficient d'un régime de réciprocité dans les échanges qui va nettement en leur faveur.

91. Voir à ce propos la notion que nous exposerons dans la section 1.2.1.3 sur les contrats « discrets ».

92. Nous reparlerons également de ces contrats dits « relationnels » dans la section 1.2.1.3.

tract⁹³ », il accorde une importance moindre à cette donnée constitutive⁹⁴ ;

- 5) la flexibilité : d'après les commentaires de Macneil, cette norme correspond davantage à une exigence technique qui permet en fait « to meet countless kinds of changed circumstances⁹⁵ ». Chaque contrat doit avoir une capacité d'adaptation et cela se produit « partly because of bounded rationality — the limits of the human mind to focus on available information — partly because of limited availability of information, and partly because the socioeconomic world is in a constant state of flux⁹⁶ » ;
- 6) la solidarité contractuelle : selon les commentaires de Macneil, la solidarité contractuelle est une des données fondamentales du contrat et doit être regardée de concert avec la notion de réciprocité. La contrepartie découlant de cette dernière est en effet le moyen de réduire la tension qui existe en tout être entre ses instincts égoïstes et sa nature résolument sociale⁹⁷. Même si ce paragraphe est avant tout à portée descriptive, l'intérêt que porte Macneil à la notion de solidarité contractuelle n'est pas sans rappeler l'idée de coopération que l'on trouve très souvent dans les analyses modernes du contrat. Le contrat doit donc être vu selon une approche fonctionnaliste, téléologique, au regard des espérances qu'il suscite ;
- 7) les normes de liaison telles que la restitution, la confiance, les prévisions des parties, etc. : trois types de commentaires peuvent être soulevés relativement à ces trois notions regroupées sous l'appellation « normes de liaison »⁹⁸. En premier lieu, elles sont généralement, nous dirons classiquement, liées à la notion de promesse : la restitution s'effectue lorsqu'un enrichissement (*surplus-exchange*) va à l'encontre d'une promesse qui a été faite. La confiance est le cadre général dans lequel se situe la promesse. Enfin, les prévisions s'évaluent en fonction de ce qui a été établi. Pourtant, il est tout à fait possible que des attentes puissent surgir en dehors du cadre de la promesse des parties. En effet,

93. *Supra*, note 72.

94. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 47-50.

95. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 362.

96. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 50. Ces motifs démontrant les limites du consentement nous font penser à la notion de *gap-filling* qu'il est possible d'utiliser pour faire référence aux limites informationnelles du contrat.

97. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 348-349 : « Getting something back for something given neatly released, or at least reduces, the tension in a creature desiring to be both selfish and social at the same time; and solidarity—a belief in being able to depend on another—permits the projection of reciprocity through time.»

98. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 52 et suiv.

l'utilisation de la notion de promesse pour parler des normes de liaison oblige souvent à faire preuve de contorsion⁹⁹ ; même, dans de nombreux cas, certaines prévisions ne peuvent être reliées aux promesses qui ont été faites¹⁰⁰. En deuxième lieu, ces trois données permettent de faire des liens entre les normes qui, bien souvent, se recoupent, se chevauchent. Selon les dires de l'auteur, « [t]hese linking norms feed deeply into the others, but do not overwhelm them¹⁰¹ ». Enfin, en troisième lieu, et en guise de conclusion sur ces normes de liaison, il est possible de dire qu'elles occupent une position centrale dans l'analyse du comportement contractuel. Il nous semble qu'elles peuvent être le lien de rattachement avec la notion subjective « du juste et de l'utile » que nous exposerons dans la seconde partie¹⁰² ;

- 8) les éléments de création et de restriction de pouvoirs : Macneil n'oublie pas de dégager l'élément conflictuel qu'il est facile d'imaginer dans une relation dès lors que deux personnes s'y opposent. L'idée de pouvoir est donc inhérente au contrat, comme nous avons déjà pu le constater¹⁰³. Cette caractéristique accentue encore le lien entre les cocontractants et l'institution externe, État ou autre, dans laquelle le contrat évolue, étant donné « the limited capacity of the human mind to know all and consider all¹⁰⁴ » ;
- 9) la pertinence des moyens (*propriety of means*) : cet élément est un ajout fait par Macneil dans son article paru en 1983, et c'est la raison pour laquelle il n'existe que neuf normes, et non dix, dans l'ouvrage de 1980. Même s'il est facile de retrouver la notion de « pertinence » dans d'autres normes ici décrites, Macneil avait omis de la préciser en 1980. Il reconnaît aussi qu'un lien peut être fait entre cette notion et celle de la bonne foi, dépendamment de la définition que l'on s'en donne¹⁰⁵ ;

99. Voir à ce propos I.R. MACNEIL, « Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law », (1978) *North. Univ. L. Rev.* 854, 898.

100. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 54 : « Consider, for example, New York City employees who expect, simply because they live in the Great Modern Society, that their real standard of living will continue to increase in spite of the poverty of the city, and promises of city officials to the exact opposite. Yet this expectations, like it or not, become norms of the employment relation ; that they do not prevail completely is only because they come into conflict with other norms. »

101. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 55.

102. *Infra*, section 2.1.1.

103. C. DALTON, *loc. cit.*, note 45.

104. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 57.

105. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 347, à la note 20.

- 10) l'harmonisation avec la matrice sociale : l'ayant déjà exposée dans la première conceptualisation¹⁰⁶, Macneil ne peut concevoir une théorie des contrats qui ferait abstraction du cadre sociétal d'évolution. Cette référence à un ensemble plus global est sans doute le moyen de rechercher l'universalisme de la notion de contrat. Miroir de son temps et de son espace, le contrat peut alors évoluer et s'adapter aux exigences du moment et du lieu.

1.2.1.3 La dichotomie des contrats existants

Si ces dix normes sont, selon Macneil, communes à tous types de contrat, il est néanmoins des situations où certaines sont davantage présentes que d'autres. Cela l'a amené à distinguer deux sortes de contrat : les échanges contractuels entre les parties sont soit plutôt *transactionnels* ou « discrets », soit plutôt *relationnels* ou « entrelacés ».

Les premiers correspondent à la situation où « the facts showed that parties had entered into a single contract not involving repeated occasions for performance¹⁰⁷ ». Le contrat discret est en effet largement tributaire du seul moment présent, celui de la formation du contrat. Si l'on prend l'exemple le plus généralement cité par Macneil, un contrat discret est réalisé lorsqu'une personne achète de l'essence dans une station-service. Dans une telle transaction, la relation n'a aucun passé : souvent, l'acheteur-automobiliste s'est arrêté dans une station en raison du niveau d'essence dans son réservoir et non pour la connaissance qu'il pouvait avoir du vendeur et de son produit¹⁰⁸. Pareillement, le contrat de vente n'aura généralement aucune suite dans le futur. Une fois l'argent donné en échange de l'essence, les deux parties ne se reverront plus et la relation sera terminée¹⁰⁹.

Pour les seconds, « a case was classified as *relational* if the facts reported in the opinion showed that the parties had entered into more than one contract over a period of time or if the facts showed that the parties had

106. Voir la section 1.2.1.1 sur les sources du contrat.

107. N.M. CRYSTAL, « An Empirical View of Relational Contracts under Article Two of the Uniform Commercial Code », (1988) 1 *Ann. Surv. of Am. L.* 293, 298.

108. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 72, 720.

109. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82. Macneil parle alors de deux concepts particulièrement présents dans les contrats discrets, soit la *discreteness* et la *presentation* (p. 60) : « Discreteness and presentation are themselves not the same phenomenon, in spite of their merger in discrete contracts. Discreteness is the separating of a transaction from all else between the participants at the same time and before and after [...] Presentation, on the other hand, is the bringing to the future into the present. Underlying both is the ideal of 100 percent planning of the future. »

entered into a long-term contract with repeated occasions for performance¹¹⁰».

À la différence des contrats discrets, il apparaît que le contrat doit souvent être regardé dans un cadre temporel tridimensionnel, soit dans le passé, le présent et le futur¹¹¹. Cette extension temporelle va de pair avec un agrandissement de son espace d'évolution qui est en fait l'ordre juridique dans lequel les parties contractent. Les règles qui découlent de cet ordre normatif doivent satisfaire au mieux la perpétuation de la relation contractuelle. Cela est vrai également pour les contrats discrets, mais la brièveté de la relation ainsi que sa plus grande simplicité font que les parties ont nécessairement besoin de faire appel à des normes extérieures au contrat.

En fait, et même si la dichotomie entre les contrats discrets et les contrats relationnels est représentative de la réalité, il n'existe pas d'opposition réelle entre les deux types. Il s'agit davantage d'un continuum, chaque contrat ayant un niveau de « discrétion » ou de « relationnalité » qui lui est propre. Même dans l'exemple précédent de vente d'essence, il est aisé de trouver des indices faisant référence à des normes extérieures au contrat ; ce peut être par exemple les usages quant à la disposition des pompes, l'interdiction de fumer dans la station, la marque de l'essence, l'utilisation ou non de cartes de crédit, etc.¹¹².

Selon Macneil, les parties sont censées prévoir dans le contrat, au moment de sa formation, ce qui se passera dans le futur¹¹³. Alors que les

110. N.M. CRYSTAL, *loc. cit.*, note 107, 299. Cet auteur a entrepris une étude pratique sur la réalité de la distinction présentée par Macneil en prenant au hasard un certain nombre de décisions. Au-delà de chiffres peu probants sur l'effective supériorité numérique des contrats relationnels (12 p. 100 dans un cas, 16 p. 100 dans un autre et 12 p. 100 dans le dernier), Crystal évoque une série de raisons qui expliqueraient la faiblesse de ces résultats : les parties dans un contrat relationnel favorisent davantage le compromis que celles d'un contrat discret ; on compte beaucoup de cas de faillite où la coopération est impossible ; il existe de nombreux litiges impliquant les consommateurs, qui ont par conséquent un fort caractère de *discreteness* ; on note une tendance croissante du contrat relationnel depuis quelques années, etc. Les contrats commerciaux, quant à eux, on le comprendra, sont à classer plus particulièrement dans la catégorie des contrats relationnels, les engagements s'effectuant pour la plupart *intuitu personae*, d'une part, et en tenant compte du cadre d'évolution du marché, d'autre part.

111. J.-G. BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 *Rev. can. de dr. et soc.* 27, 35.

112. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 344-345 : « Thus, it is readily apparent that even a transaction deliberately chosen for its discreteness is deeply embedded in a wide range of interconnected relations. »

113. I.R. MACNEIL, « Restatement (Second) of Contracts and Presentation », (1974) 60 *Virg. L. Rev.* 589, 592-593 : « Primarily through manipulations of the notion of consent, traditional contract theory created a legal structure which in theory attempted to presentiate

théories classiques sont efficaces pour les contrats discrets, où, en effet, l'élément de volonté peut raisonnablement être regardé comme étant déterminant, il en va autrement pour les contrats relationnels qui exigent la prise en considération d'autres facteurs. Retraçons la pensée de Macneil en le citant dans ce passage représentatif selon lequel « [f]inally, the participants never intend or expect to see the whole future of the relation as presentiated at any single time, but view the relation as an ongoing integration of behavior which will grow and vary with events in a largely unforeseeable future¹¹⁴ ».

Plus qu'une différence de nature entre les contrats discrets et les contrats relationnels, il faut plutôt constater que certaines des dix normes évoquées plus haut sont particulièrement présentes dans chacun de ces deux types de contrats.

En premier lieu, dans les contrats discrets, deux normes jouent un rôle primordial : il s'agit de la norme de la *planification* et de celle qui est relative au *consentement*¹¹⁵. Malgré des définitions assez proches, les deux notions ne sont pas identiques¹¹⁶.

En second lieu, dans les contrats relationnels sont particulièrement importantes les normes d'*intégrité du rôle*, de *préservation de la relation*, d'*harmonisation des conflits relationnels*, la *pertinence des moyens* et les *normes supracontractuelles (supracontract norms)*¹¹⁷. Certaines de ces notions ne proviennent pas des dix normes traitées précédemment et méritent de ce fait quelques explications. D'abord, la préservation de la relation est une variante du concept de solidarité contractuelle. Plus précise, elle s'explique bien dans une relation qui intègre la donnée temporelle dont nous avons déjà parlé. L'harmonisation des conflits relationnels, quant à elle, est

not just part of the relation between contracting parties, but virtually all of it. » Pourtant, selon Macneil, le but « was to establish, insofar as the law could, the entire relation at the time of the expressions of mutual assent. Total presentation through 100 % predictability was sought as of the time of something called the acceptance of an offer. »

114. *Id.*, 595. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre d'une relation qui s'effectue par l'entremise de l'EDI. Les communications étant faciles, rapides, claires et succinctes, il est à parier que cet avis sera consolidé en la circonstance. Un rapprochement semblerait également possible avec le contrat oral où, là aussi, l'étude des comportements est déterminante.

115. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 59-60 ; I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 349.

116. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 49-50 : « The equation of consent and planning is hardly an eternally valid one. Its artificiality is immense : indeed as we look at complex, ongoing contractual relations we see that consent can play no more than some kind of a *triggering role*, that equating consent to the full scope of complex planning is downright silly » (l'italique est de nous).

117. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, pp. 64-70 ; I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 361-363.

très proche de la notion précédente, reproduisant l'idée que cette condition est indispensable à la continuation de la relation. Les normes supracontractuelles, enfin, sont dénommées de la sorte du fait qu'elles ne sont pas à proprement parler contractuelles, même si elles ne sont pas au-delà des relations contractuelles¹¹⁸.

En résumé, il nous paraît possible de dégager l'idée selon laquelle, d'après la masse importante de données produites par Macneil, la notion de promesse, directement dépendante de la volonté, n'est pas entièrement satisfaisante. Certes, une promesse est un moyen efficace pour faire une projection de l'échange dans le futur¹¹⁹. Néanmoins, selon Macneil, l'erreur des juristes est de croire que ce soit le seul pour lier des parties¹²⁰. La possibilité de s'engager dans le futur, même lorsque la relation a l'apparence d'être transactionnelle, « always is shadowed by non-promissory accompaniments¹²¹ ». Reprenant l'idée relative aux *gap-fillers*, il prétend que the « great sea of custom forms the main structure of contract¹²² ». L'on peut donc faire dire à cet auteur que la distinction entre les *promissory exchanges* et les *non-promissory exchanges* est artificielle et basée sur une mise en valeur dogmatique de la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat.

1.2.2 Une application critique de la théorie relationnelle au domaine particulier des contrats informatiques

Outre l'opposition évidente entre la théorie élaborée par Macneil et la théorie classique des contrats, la première présente l'avantage de recentrer le contrat dans un contexte général sans lequel celui-ci n'est pas, selon nous, définissable de façon satisfaisante. Les trois constructions intellectuelles de Macneil, que nous avons tenté d'exposer ici, ne traduisent qu'infidèlement la précision et la complexité de son œuvre. Il nous est néanmoins possible, sur cette base, d'apporter un point de vue plus critique (1.2.2.1), tout en

118. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 99, 898 : « In ongoing contractual relations we find such broad norms as distributive justice, liberty, human dignity, social equality and inequality, and procedural justice, to mention some of the more vital. »

119. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 72, 715 : « Command, status, social role, kinship, bureaucratic patterns, religious obligation, habit and other internalizations all may and do achieve such projections. »

120. *Id.*, 717 : « The overwhelming dominance of transactionism in post-feudal economic life blinds us to the possibility that economic exchange can be projected into the future without present specificity raised to a level of consciousness whereby communication between parties can be said to have taken place, and with it measured reciprocity. »

121. *Id.*, 731.

122. *Ibid.*

vérifiant la pertinence de ce travail considérable en matière de commerce électronique (1.2.2.2).

1.2.2.1 Une vision critique de l'approche de Ian R. Macneil

Devant ce déploiement de savantes constructions, nous croyons toutefois pouvoir, et ce, sans minimiser l'apport fondamental de l'œuvre de Macneil, apporter quelques réserves. La plus évidente des critiques porterait sans doute sur la complexité de sa théorie et sur la difficulté de la mettre en œuvre¹²³. Certes, une description d'un phénomène humain nécessite une certaine prise en considération de l'irrationalité propre à celui-ci. Le droit a néanmoins pour fonction de dogmatiser quelque peu cette réalité¹²⁴.

Effectuant ainsi un lien avec ce que nous traiterons un peu plus loin, nous avons jugé pertinent de faire un parallèle entre l'œuvre de Macneil et la notion de bonne foi. En effet, cette dernière notion, tout en étant déjà effective dans le droit positif de la plupart des pays étudiés, nous semble permettre une jonction entre sa vision « sociale », extérieure à la simple action des parties, et le droit positif. Macneil n'est pas très loquace sur la question et il règle généralement le cas en quelques mots. Aussi, ses interrogations apparaissent relativement tard dans l'ensemble de son œuvre, comme s'il devait répondre à certains qui auraient effectué la même assimilation. Sa position demeure pourtant assez ambiguë quant à la perception de ce concept bien connu. On s'en rend d'abord compte dans son ouvrage paru en 1980¹²⁵, où il s'accorde à considérer la bonne foi comme une donnée « vital not only in the basic substantive workings of contractual relations [...] but also and particularly in connection with conflicts. Indeed, good faith and the trust it builds come before procedural regularity in both importance and desirability¹²⁶. » Cette « réglementation procédurale » est en fait une donnée technique qui permet de pallier les situations où justement la confiance et la bonne foi sont moindrement présentes. Il existerait donc une notion de bonne foi qui aurait son utilité tant dans les fondements substantiels du droit que dans la technique juridique de régulation des conflits. Néanmoins,

123. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 111, 41. Parlant de ces deux auteurs, Belley affirme (p. 41) : « Je crois qu'ils admettraient tous deux leur incapacité à trouver dans la réalité sociale la preuve irréfutable du triomphe du consensus et de la solidarité sur le conflit et la domination [...] Parce que l'un et l'autre ont poussé leur mise en perspective sociale du droit à un degré de complexité tel que la perception de la réalité va désormais au-delà de la problématique et des méthodes d'analyse du social pour déborder plus largement sur l'analyse du juridique en tant que *réalité humaine*. »

124. Voir *infra*, les développements sur la notion de sécurité propre aux contrats à la section 2.2.

125. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 68.

126. *Ibid.*

Macneil continue à percevoir étrangement cette notion et l'intègre difficilement dans ses conceptualisations que nous avons tenté de décrire. En effet, relativement aux commentaires de B. Reiter, qui proposait d'intégrer la notion de bonne foi comme norme supplémentaire à la construction de Macneil¹²⁷, ce dernier s'y oppose. Son refus est d'ailleurs reformulé dans un autre article publié en 1985¹²⁸, où Macneil critique la portée pratique de la notion de bonne foi. Il prétend à ce propos que la bonne foi est un concept qui est tout à la fois trop large et « offers little guidance », et trop étroit occasionnant le fait que « relational factors will be omitted¹²⁹ ». Cependant, cette critique est davantage liée à la forme de la notion, c'est-à-dire à son incapacité technique à mettre en pratique les solutions attachées au contrat, et non au fond. Cela est vrai dans la mesure où le concept n'est pas épaulé par quelques procédés, susceptibles de préciser suffisamment la notion de bonne foi pour qu'elle puisse être utilisée sans trop d'imprévision, et avec assez de substance pour parvenir à décrire la réalité du contrat. Car il nous semble au contraire qu'une notion floue comme la bonne foi fait assez bien référence à cette réalité factuelle, ce concept n'acquérant son « sens précis que dans le contexte concret de la vie sociale¹³⁰ ». À la différence de Macneil, nous pensons donc que lier l'*usage commun* à la *bonne foi* est un moyen de retranscrire fidèlement ce qu'est le contrat. Il ne fonde en effet sa théorie que sur la nature relationnelle de l'échange, c'est-à-dire que sur une vision objective, sociologique, de la réalité traitée, et sur elle seule. En s'en tenant ainsi à un point de vue simplement descriptif, Macneil ne peut par conséquent opter pour la tentative d'ériger « le juste et l'utile », que nous élaborons plus tard, en fondement de la force obligatoire du contrat. Ce refus consacre par là même notre désaccord avec Macneil, et ce, malgré toute

127. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 347-348, aux notes 20 et 21 : « I believe that, apart from the propriety of the means aspect of good faith [...] the essence of good faith in any society is adherence to the common contract norms. If a person has sufficiently met those norms in any given instance—something that can never be determined except in a particular historic social context—the person has acted in good faith; if the person has not met those norms, he has not acted in good faith. »

128. I.R. MACNEIL, « Relational Contract: What we Do and Do not Know », (1985) *Wisc. L. Rev.* 483, 505. Dans le document précité, Macneil s'oppose à la notion de *fairness* défendue par J. LEVIN et B. MCDOWELL, « The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations », (1983) 29 *McGill L. J.* 24, qu'il estime non utilisable.

129. Pour plus de précisions, il est important de signaler que dans son article paru en 1985, Macneil ne parle pas de *good faith* mais plutôt de *fairness*. Si les deux notions ne sont pas strictement identiques, la distinction n'a que peu d'importance en l'espèce. En effet, il critique cette notion de par son inutilité en tant que règle de droit positif soit trop étroite, soit trop large. Il pourrait donc apporter la même critique à la notion de *good faith*.

130. E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, vol. 13, 1979, p. 33.

l'utilité de sa démonstration pour décrire les interactions propres au processus contractuel.

1.2.2.2 Une application aux contrats par EDI

En substance, il nous est possible de dire que, selon la théorie de Macneil, la théorie classique dominante ne trouve à s'appliquer que pour les contrats dits « discrets ». Les contrats relationnels, quant à eux, font preuve d'une complexité qui s'accorde mal avec ces préceptes théoriques. Or, il nous paraît que les contrats par EDI sont largement marqués, au regard du continuum « discret-relationnel » dont nous avons déjà parlé, par une nature relationnelle évidente. Aussi, le « bricolage¹³¹ » théorique qu'il est possible de constater dans une transaction traditionnelle sera d'autant plus insupportable dès lors que les parties s'exécuteront dans le cadre d'un réseau de communication. En effet, les relations ne seront plus bilatérales, mais bien plutôt multilatérales avec deux parties, un opérateur de réseau, un transporteur, des intermédiaires de sécurité, etc., soit une pluralité d'acteurs, de catégories d'acteurs.

Cette affirmation peut d'ailleurs aussi bien s'appliquer aux relations contractuelles en réseaux ouverts et en réseaux fermés. Dans le cadre d'un EDI fermé tout d'abord, la nature même du langage, standardisé et codé, rend l'utilisation du médium difficile sans qu'aucune prise de contact des partenaires ne soit effectuée au préalable. Les parties devront au minimum s'accorder sur le standard utilisé (EDIFACT ou ANSI par exemple). Elles prévoiront généralement un certain nombre de modalités supplémentaires, selon des degrés de précision variables¹³². Le contrat par EDI ne s'improvise donc pas. Sa nature standardisée fait qu'il ne peut être utilisé dans des relations commerciales ponctuelles, mais bien continues, pouvant s'étendre sur une période très longue. Quant aux situations d'EDI ouverts, le décalage entre la pratique et la théorie semble encore plus important. Certes, on pourrait imaginer des cas où des contrats de nature « discrète » puissent se réaliser. Néanmoins, ce type de relations nous paraît marginal en ce qui nous concerne. D'abord, nous traitons avant tout des relations entre

131. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 111, 31.

132. Il existe plusieurs contrats types élaborés par des organismes paragouvernementaux des différents pays intéressés par l'essor de l'EDI (environ une quinzaine de modèles sont disponibles à ce jour). Or, il y faut constater des niveaux d'engagement très différents selon les cas. Deux tendances sont néanmoins appréciables : le modèle proposé par le Royaume-Uni où seule la communication *stricto sensu* est traitée ; le modèle américain où, en plus de ce type de stipulations, sont prévues des mesures relatives à la formation du contrat, aux modalités de vente et d'achat, aux responsabilités respectives, aux règles de confidentialité, etc.

commerçants. Or, ces derniers ne s'engageront qu'après avoir pris connaissance des qualités de leurs partenaires. La distance étant un facteur d'inconnu, il est prévisible qu'ils voudront s'assurer encore plus de la pertinence d'une telle entente. Ensuite, il est à parier que la communauté d'acteurs utilisant les environnements électroniques, c'est d'ailleurs déjà le cas, constitueront un cadre normatif assez intrusif quant aux habitudes et aux comportements à respecter. À ce propos, l'on voit une multitude de codes de conduite, d'usages, émerger ça et là sur les différents sites. La tendance est indiscutablement à l'élaboration de normes négociées entre les différentes catégories d'acteurs, un degré respectif de responsabilité demandant à être élaboré. En dépit du caractère « virginal » du domaine, la nouveauté créant un « vide juridique », la tendance n'est pas au laisser-aller. Au contraire, des normes qui permettraient un certain équilibre entre les catégories d'intervenants sont vivement recherchées. Cette quête de normativité, soit la détermination des responsabilités de chacun, nous fait penser à la description des normes particulièrement présentes dans les contrats relationnels exposés par Macneil. Ainsi, l'intégrité du rôle, la préservation de la relation, l'harmonisation des conflits relationnels, la pertinence des moyens et les normes « supracontractuelles¹³³ » correspondent, il nous semble, à la situation décrite. La qualité du partage des responsabilités influera inmanquablement sur le bon fonctionnement du cadre juridique regroupant ces acteurs. Il est prévisible en effet que plus lesdites normes seront acceptées par la communauté utilisant les réseaux de communication, fermés ou ouverts, plus la facilité de les voir appliquer sera évidente¹³⁴. Le contrat par réseau sera donc largement imprégné du cadre social dans lequel il compte évoluer. Sans nul doute, la théorie relationnelle de Macneil nous paraît particulièrement pertinente en matière de réseau de communication¹³⁵.

Conclusion

Quel est le lien d'effectivité entre la pratique et la théorie ? Y aurait-il une rupture ? Selon le professeur Linzer, au regard du droit américain, celle-ci n'existe pas, ou du moins, l'approche relationnelle nous aide à ne pas

133. Ces normes correspondent à celles qui sont particulièrement présentes dans les contrats relationnels. Voir *supra*, la section 1.2.1.3.

134. I.R. MACNEIL, *op. cit.*, note 82, p. 45 : « the more an exchange system is perceived as wrongly uneven the more its beneficiaries must depend on external force to maintain it ». Plus loin, il ajoute : « Some evenness of exchange, some mutuality, is a sine qua non norm without which contractual relations will no work. That mutuality can be fairly minimal, but in a modern technological society forces are at work pushing toward greater evenness. »

135. H.H. PERRITT, « Resolution in Electronic Network Communities », (1993) 38 *Vill. L. Rev.* 349, 366.

la constituer¹³⁶. Dans son ouvrage intitulé *The Structure of Scientific Revolutions*¹³⁷, Kuhn affirme que les découvertes importantes comme la théorie de la relativité, la découverte de l'oxygène, viennent d'un jeune scientifique non encore établi dans les paradigmes en vigueur, qui perçoit les anomalies et éventuellement trouve la nouvelle voie pour regarder ce qui l'entoure. Einstein, par exemple, refusa longtemps de remettre en cause de vieux principes qui allaient à l'encontre de ses théories. Nous sommes tous prisonniers de notre époque intellectuelle et ceux qui arrivèrent au début du siècle étaient forgés dans cette croyance qu'un processus juridique basé sur la volonté des parties était la clé de la justice. Bien des juges baignant dans un esprit donné auront beaucoup de mal à considérer que ces valeurs puissent être remises en cause par le caractère relationnel du contrat¹³⁸. Mais un bon plaideur n'est pas celui qui dit au juge qu'il a tort : le bon plaideur doit mettre l'accent sur les règles existantes qui permettent aux cours d'éviter un trop grand décalage entre la théorie et la pratique. Un secours particulier pourra sans doute être trouvé dans l'utilisation de notions floues telles que « le juste et l'utile ».

136. P. LINZER, « Uncontracts : Context, Contorts and the Relational Approach », (1988) 1 *Ann. Surv. of Am. L.* 139, 197-198.

137. T. KUHN, *op. cit.*, note 9, pp. 86-90.

138. À titre d'exemple, l'on peut citer la décision anglaise de la House of Lords, *Walford c. Miles*, [1992] 2 *W.L.R.* 174 (J. Ackner), où il s'agissait de savoir si un accord préalable à une entente (négociation) pouvait être regardé comme liant les parties. Les juges vont se fier au point de vue traditionnel selon lequel « you cannot have an agreement to make an agreement ». Lord Ackner fonde notamment ses prétentions sur le fait que « the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party is entitled to pursue his (or her) own interest ». On peut s'opposer à une telle position quant aux motivations basées sur la défense des intérêts personnels. Celles-ci nous semblent être largement influencées par la prise en considération d'une relation purement individuelle, entre deux volontés qui s'affrontent indépendamment du contexte plus général dans lequel l'opération s'effectue. On peut donc apprécier dans cet exemple les applications qu'il est possible de déduire d'un changement des principes directeurs du contrat. Voir R. HALSON, « Contract Models », (1993) 46-1 *Curr. L. Probs* 5, 7. Dans ce cas précis, il aurait très bien pu être déclaré que le contrat, vu comme un tout, était en l'occurrence formé. Il faut néanmoins remarquer que ce thème précis du moment de conclusion du contrat, de par les incidences qu'il représente, ne permet que difficilement de laisser régner de trop grands doutes sur la solution à apporter à une telle situation. Cette vision relationnelle n'est donc pas sans limite quant à son application pratique, des considérations subjectives et sécuritaires devant ne pas être oubliées (voir la section 2.).

2. Les notions de substitution au fondement de la force obligatoire du contrat par EDI

Le culte de l'individuel a marqué le XIX^e siècle comme le culte de l'ensemble paraît dominer le XX^e siècle vieillissant. À la tendresse pour le grain succède la ferveur pour la grappe¹³⁹.

Si, aujourd'hui, « l'autonomie de la volonté est un mythe périmé¹⁴⁰ », constat suscitant parfois chez certains une nostalgie marquée¹⁴¹, nous croyons pertinent de rechercher ce qui pourrait être un concept de substitution¹⁴². L'apport positiviste fut une étape capitale pour déclarer que le contrat ne provient pas de la rencontre de droits subjectifs, mais qu'il constitue au contraire une organisation de droit objectif¹⁴³, reconnaissant par là même une dimension sociale à cette institution juridique qui est l'objet de notre étude. Cette vision des choses nous amène à regarder avec suspicion la dichotomie dogmatique qui tend à opposer le droit privé au droit public¹⁴⁴. Néanmoins, conformément aux développements précédents, c'est dans une optique plus large que celle du droit positif que nous comptons trouver l'élément de substitution qui nous intéresse. Deux éléments fondamentaux nous semblent devoir être pris en considération pour élaborer ce substitut : la *réalité*, d'une part ; la prise de conscience d'une inévitable *subjectivité* propre à la société dans laquelle le droit évolue, d'autre part (2.1). Devant cette construction et l'inhérence de ces deux données, il faudra, selon nous, tenir compte d'un troisième élément qui se devra d'objectiviser la teneur des deux premiers. La portée dogmatique¹⁴⁵ (2.2) est inhérente tout autant au droit en tant que tel qu'au domaine commercial qui nous intéresse.

139. J.-M. MOUSSERON, « Préface », dans B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975, p. xv.

140. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 2, 2^e éd., Paris, Litec, 1986, p. 9, n° 22.

141. *Ibid.* ; P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 27.

142. En effet, si la critique de l'autonomie de la volonté est chose commune, l'on « s'est toujours contenté de la critiquer, de constater pourquoi il fallait lui créer des exceptions, ou tout simplement la déclarer non applicable » : N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, t. 199, coll. « Bibliothèque de droit », Paris, LGDJ, 1988, p. 31.

143. Comme le prétendent B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 140, pp. 7-9, n°s 18-22, « dire que la volonté est autonome, c'est ignorer la hiérarchie des normes juridiques ».

144. C. DALTON, *loc. cit.*, note 45, 1010 et suiv. S'il est vrai que la common law utilise généralement moins cette dichotomie que les pays de droit civil, les critiques que l'on peut lui adresser sont, selon nous, valables dans l'un comme dans l'autre système.

145. En choisissant ce plan au sein de la section 2., nous nous accordons avec l'idée du professeur américain R.S. SUMMERS, « Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code », (1968) 54 *Virg. L. Rev.* 195, 198,

2.1 La mise en avant d'éléments subjectifs comme fondements de la force obligatoire du contrat

La vision présentée ici, loin d'être originale, a principalement pour objet de tenir compte du courant d'idées, partiellement décrit dans la section 1., qui nous montre que l'air du temps vise à reconnaître une portée socio-économique au contrat d'aujourd'hui. Cette tendance se traduit, selon nous, par l'introduction de l'expression défendue par le professeur Ghestin : « le juste et l'utile ». Cette conception représente en fait un mouvement universel tendant à concilier une donnée morale liée à l'éthique et le désir d'efficience économique¹⁴⁶ (2.1.1). Ensuite, il nous semble possible de dire que cette démonstration pourrait trouver une concrétisation dans une donnée juridique universelle : la notion de « bonne foi » (2.1.2). Enfin, au regard de ces développements descriptifs, nous voudrions préconiser une approche nouvelle du contrat, en tentant d'établir une cohérence entre pratique et théorie (2.1.3).

2.1.1 La notion « du juste et de l'utile »

Si la volonté n'est pas la source du contrat, sur quoi donc se base-t-il ? À cette question, le professeur Ghestin propose le concept « du juste et de l'utile¹⁴⁷ ». S'il est difficile dans le présent texte de décrire avec précision la définition qu'il en donne, l'œuvre de cet auteur constitue incontestablement un passage obligé dans ce travail de substitution.

Cette notion passe dans un premier temps par la reconnaissance de l'ordre juridique objectif dans lequel le contrat évolue¹⁴⁸. Le contrat n'est

selon laquelle « [t]he functions they perform further the most fundamental policy objectives of any legal system — justice, and justice according to law » (l'italique est de nous).

146. H. COLLINS, *The Law of Contract*, Londres, Weindenfeld and Nicolson, 1986, pp. 65-66 : selon lui, il appartient aux cours « to balance between, on the hand, permitting contracting parties to benefit from advantageous trading positions established through work and careful preparation, and on the other, requiring a minimum level of altruistic standards to be observed ».

147. J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 1, 35 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat — Formation*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, pp. 178-214 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », (1990) 2 *Dalloz* 147, chronique XXVII.

148. Mais c'est surtout H. Kelsen, *loc. cit.*, note 33, 47, maître à penser du positivisme moderne, qui va s'appuyer sur l'importance des normes objectives dans la confection des contrats. Selon lui, « la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit : ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi, ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur ». Il s'agit donc d'une question de politique juridique selon laquelle le législateur a laissé aux particuliers le soin de régir les intérêts économiques qui les touchent, conformément à l'idée qu'une « réglementation indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux

droit que parce que le cadre normatif qui l'accueille le considère comme tel. Plus précisément, le contrat ne tire cette reconnaissance « que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste¹⁴⁹ ». L'utilité représente à la fois un avantage pour les parties du contrat, mais aussi et surtout pour la société dans laquelle les parties évoluent¹⁵⁰. Abondant dans ce sens, nous pouvons citer Richard Posner qui estime que l'on doit considérer comme justes tous les actes « whether they maximize the wealth of society¹⁵¹ ». En effet, le sentiment de se savoir lié par un accord, quel qu'en soit le fondement, est le moyen de prévoir le futur avec sécurité¹⁵². D'un autre point de vue, l'utile pourrait être regardé de deux manières : il peut en effet se mesurer par rapport à la bonne marche du commerce. Il est aussi possible de l'apprécier par rapport au droit. Suivant la première approche, le maître mot qui s'en dégage est « that the effect of legal rules cannot be understood properly without taking account of the incentive for private transaction¹⁵³ ». Dans le second cas, cela regroupe l'aspect prévisible et déterminable du droit, que nous traiterons ultérieurement. Si le contrat est un instrument de cette assurance, il doit aussi pouvoir être qualifié de juste¹⁵⁴. Ce concept est vieux et vaste comme le droit et pourrait à lui seul exiger bien des développements. Aussi, étant donné la portée philosophique de l'exercice, nous l'éluderons dans sa globalité et ne la traiterons que dans le cadre de l'analyse de la bonne foi.

« Le juste et l'utile » sont donc deux notions tout aussi subjectives l'une que l'autre. Il est même pertinent de considérer qu'elles constituent un seul et même concept, l'utile ayant simplement pour effet de réorienter la portée

indiquée et la plus juste » (p. 48). Cette légitimité, toute relative, justifiant l'autonomie, n'est, selon Kelsen, guère explicable et repose sur un individualisme inhérent à nos sociétés modernes, « qu'il n'est [pas] possible de justifier par voie objective et rationnelle de la connaissance scientifique » (p. 48). Cette normativité crée donc un effet obligatoire des contrats, ce qui, sur ce point de vue, la rapproche de la volonté. Par contre, et la différence réside ici, la volonté n'est pas la source de cette obligation : c'est la norme supérieure qui autorise la création de règles par la procédure contractuelle.

149. J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 1, 41.

150. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 147, pp. 203 et suiv.

151. R.A. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.)/Londres, Harvard University Press, 1981, p. 115. Dans le même sens, S.J. BURTON, « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith », (1980) 94 *Harv. L. Rev.* 369, 403 : « The good faith performance doctrine, like contract law generally, functions to support the market. »

152. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 147, pp. 222 et suiv.

153. A. KATZ, « The Strategic Structure of Offer and Acceptance : Game Theory and the Law of Contract Formation », (1990-1991) 89 *Mich. L. Rev.* 215, 218.

154. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 147, pp. 225 et suiv.

du juste dans le cadre d'une relation entre particuliers¹⁵⁵. « Le juste et l'utile » dépendent donc du cadre dans lequel ils seront utilisés, la spécificité commerciale faisant d'eux un concept propre que l'on attribuera à des besoins différents aussi bien dans le domaine commercial que dans le domaine du droit. Ainsi, à l'instar de Michel Villey, nous affirmons : « Quel barbarisme d'opposer le juste à l'utile, comme s'il s'agissait de deux valeurs qui soient concurrentes¹⁵⁶ ! »

En guise de conclusion, il nous paraît évident qu'ici encore un parallèle pourra être fait avec l'œuvre de Macneil. L'opposition entre les notions de réciprocité et de solidarité¹⁵⁷, essence du contrat selon lui, nous semble pouvoir être rapprochée de ce juste et de cet utile. Les deux constructions intellectuelles essayent en effet de gérer l'interaction fondamentale qu'il est possible de voir entre l'individu, d'une part, et la société dans laquelle il vit, d'autre part.

2.1.2 La bonne foi comme fondement de la force obligatoire du contrat

En projetant d'appréhender cette notion qui a reçu depuis longtemps une reconnaissance juridique dans tous les pays étudiés, le juste ayant une relation directe avec le droit, nous nous attarderons sur sa capacité de se substituer à la volonté en tant que fondement du contrat, et non sur sa substance. Or, ériger ce principe en fondement premier du contrat ne peut valablement se faire qu'en lui attribuant une portée générale. Il importera de savoir par conséquent quelle ampleur le principe de la bonne foi a su se voir reconnaître, aussi bien en common law (2.1.2.1) qu'en droit civil (2.1.2.2).

155. Cela amène certains auteurs à considérer que la notion de bonne foi est restreinte en droit commercial. Voir à ce propos G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 14^e éd., t. 1, Paris, LGDJ, 1991, p. 42, n° 70; V. DELAPORTE, « Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé », thèse de doctorat, Paris, Thèses françaises, 1974, p. 8 : « La bonne foi qui joue un si grand rôle en droit civil n'existe plus ou plutôt est comprise différemment ; ce n'est plus un état d'âme, une conception subjective, mais au contraire une conception objective ; elle n'exprime que la régularité d'une situation. » Cette portée objective nous semble être en effet une nécessité liée à la sécurité des transactions qui est davantage marquée en droit commercial qu'en droit civil, mais aussi à l'utilité commerciale qui exige une efficacité dans la connaissance des données engagées dans la transaction. Nous noterons que les auteurs qui considèrent que la bonne foi est un trait juridique de moindre ampleur en droit commercial sont tous les deux français, justement là où la notion est interprétée selon des critères très subjectifs, liant morale et équité. La conséquence directe est que le Code de commerce français tient peu compte du concept (art. 120, al. 2 et 121), alors que l'*Uniform Commercial Code* américain emploie largement la terminologie.

156. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1969, p. 30.

157. I.R. MACNEIL, *loc. cit.*, note 78, 348.

2.1.1.1 Le principe de la bonne foi dans les pays de common law

Le principe de la bonne foi en Angleterre

La notion de bonne foi est une donnée qui paraît depuis le XIX^e siècle être étrangère à la common law traditionnelle. Il résulte en effet du dogme relatif au droit des contrats qu'il revient aux parties de régir leurs propres affaires, et non aux tribunaux visés par un éventuel litige. La seule limite classique réside dans la règle selon laquelle « [t]he adequacy of the *consideration* is immaterial to the validity of a contract¹⁵⁸ ». Or, l'inefficience morale de cette limite va inévitablement voir intervenir des palliatifs pour endiguer ces injustices : d'abord, une législation fournie relativement à la prohibition de la fraude va permettre d'éviter les injustices flagrantes. Cela permettra d'établir la distinction classique entre les *procedural and substantive fairness*, seule la première catégorie étant véritablement admise. Aussi, des règles ponctuelles vont devenir de plus en plus nombreuses quant à la défense d'intérêts catégoriels. Le développement de la seconde catégorie est tel que cela amène le professeur Atiyah à considérer que « [i]t is in my view that in fact the law of contract is today greatly concerned with substantive fairness of exchange¹⁵⁹ ».

Le principe de la bonne foi aux États-Unis

Les États-Unis, plus encore que l'Angleterre davantage attachée à la common law traditionnelle, possèdent une législation expresse sur la notion de bonne foi. Nous pensons surtout à l'*Uniform Commercial Code*¹⁶⁰ qui la mentionne sans pour autant tabler sur sa portée. Devant ces incertitudes, il sera alors donné libre recours à l'interprétation doctrinale et, en premier lieu, à celle du professeur Summers¹⁶¹. Nous avons là le premier article qui tente de mesurer l'ampleur du concept traité ; la solution proposée est de lui attribuer une vision très large, faisant référence à des standards éthiques

158. P.S. ATIYAH, *op. cit.*, note 35, p. 329.

159. *Id.*, p. 331. Atiyah justifie son affirmation en prétendant que : 1) le juste est une valeur inhérente à nos sociétés modernes ; 2) la règle *inadequacy of consideration is no ground for validity* n'empêche pas de mettre en branle des actions permettant de remettre en cause la validité du contrat autrement ; 3) la distinction entre *procedural and substantive fairness* est artificielle.

160. S'il existe près de 50 articles de l'*Uniform Commercial Code* qui mentionnent expressément la notion de *good faith* (E.A. FARNSWORTH, « Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code », (1963) 30 *Univ. of Chic. L. Rev.* 666, 667), il faut principalement tenir compte de trois dispositions auxquelles il est possible de donner une portée générale : 1-203, 1-103 et 1-201(19) U.C.C. L'avantage de cette loi particulière, comparativement à celles des autres pays étudiés, est qu'elle statue précisément sur la bonne foi dans un cadre commercial.

161. R.S. SUMMERS, *loc. cit.*, note 145, 195 ; R. S. SUMMERS, « The General Duty of Good Faith — Its Recognition and Conceptualization », (1982) 67 *Corn. L. Rev.* 810.

élevés¹⁶². Plus ambitieuse, cette définition est aussi plus difficile à préciser et donc à appliquer. Pour ce faire, Summers préfère concevoir la bonne foi comme un « agent d'exclusion », se référant à la notion de *bad faith*, plus apte, selon lui, à décrire ce qu'est la *good faith*¹⁶³. En déléguant de la sorte une portée très large à la bonne foi, l'auteur s'intègre parfaitement bien dans le courant, à peine amorcé à l'époque, des doctrines présentées précédemment par Macneil, Macaulay, voire Llewellyn¹⁶⁴. Cette vision des choses, première dans le temps, suscita pourtant bien des oppositions et des critiques, davantage d'ordre technique que d'ordre philosophique¹⁶⁵. Des conceptions plus restrictives de la bonne foi ont aussi été élaborées, généralement en réaction contre la position de Summers. L'on peut citer par exemple la théorie de Steven Burton¹⁶⁶, selon laquelle il est souhaitable d'avoir

a better understanding of the contractual expectation interest. Traditionally, the expectation interest is viewed as comprising the property, services, or money to be received by the promisee. This Article suggests that it also encompasses the expected cost of performance to the promisor. This extended cost consists of alternative opportunities forgone upon entering a particular contract¹⁶⁷.

Il en ressort donc une volonté de ne pas tenir compte des seules données morales contenues dans la bonne foi, mais, de surcroît, d'étendre l'étude à certaines données économiques, ô combien primordiales dans le

162. R.S. SUMMERS, *loc. cit.*, note 161, 198.

163. *Id.*, 200 : « In contract law, taken as a whole, good faith is an «excluder». »

164. Cette opinion est défendue par P. LINZER, *loc. cit.*, note 136, 176-177. Il est en effet possible d'accorder une telle ampleur à la notion de bonne foi une fois que la volonté, essence traditionnelle du contrat, est désacralisée et relativisée. Nous touchons ici à l'opposition entre *bonne foi* et *liberté du contrat* (selon l'acception classique liée à l'engagement volontaire), qui représente en effet une certaine incompatibilité philosophique. Or, il est vrai que sans la remise en cause de la volonté que nous avons tenté de décrire dans la première section du présent texte, il serait difficile d'accorder à la bonne foi une portée générale se substituant à la première. Ceux pour qui ce préalable n'est pas consacré ne peuvent, par conséquent, opter pour une portée générale de la bonne foi. P. GIRARD, « « Good Faith » in Contract Performance : Principle or Placebo », (1983) 5 *Supreme Court L. R.* 309, 319 : « Regardless of the extent to which unmitigated freedom of contract actually represented the law, even in its supposed heyday, it has remained part of the conceptual baggage of contract theorists. Perhaps it should be discarded in order to conform to modern realities, but until now it has not been. Even with its multiple attenuations it remains one of the home truths of contract law and, as such, it is irreconcilable with a *generalized* notion of good faith performance. »

165. Nous avons vu à la note 164 que nous considérons l'obstacle philosophique comme non pertinent à la suite des motivations présentées dans la première section.

166. S. BURTON, *loc. cit.*, note 151, 369 ; S. BURTON, « Good Faith Performance of a Contract within Article 2 of the U.C.C. », (1982) 67 *Iowa L. Rev.* 1 ; S.J. BURTON, « More on Good Faith Performance of a Contract », (1984) 69 *Iowa L. Rev.* 497.

167. S. BURTON, *loc. cit.*, note 151, 372.

domaine du commerce. Cette approche, même si elle réduit la portée de la bonne foi, correspond pourtant à l'approche « constructiviste » que nous nous étions fixée. Elle permet aussi de faire un lien avec les développements sur « l'utile » proposés par Jacques Ghestin¹⁶⁸.

La dernière modification de portée quasi législative réside dans l'apport présenté par le *Restatement* qui, dans sa section 205, façonne, même au dire du professeur Burton¹⁶⁹, une portée générale au devoir de bonne foi¹⁷⁰. Cela nous confirmerait l'évolution des mentalités de la communauté juridique à l'admettre avec moins de difficultés¹⁷¹.

2.1.2.2 Le principe de la bonne foi dans les pays de droit civil¹⁷²

Au regard du droit civil français et québécois, qui nous intéresse tout particulièrement, nous ne croyons pas pertinent d'établir une distinction entre les deux, le *Code civil du Québec* opérant à ce propos un rapprochement évident avec le premier. Cristallisé par les articles 6 et 7 C.c.Q. qui consacrent une histoire jurisprudentielle et doctrinale stable, la bonne foi ainsi présentée semble devoir se rapprocher de l'article équivalent du Code civil français, en l'occurrence l'article 1134¹⁷³. Dans les deux cas, une dimension extensive paraît pouvoir être déduite, la généralité des termes permettant sans doute une pareille appréciation.

168. *Supra*, section 2.1.1.

169. S. BURTON, *loc. cit.*, note 151, 369. Le même auteur énumère à la fin de sa chronique (p. 404) toute une série de décisions où une portée générale du devoir de bonne foi est consacrée.

170. Cela confirme les allégations de P. GIRARD, *loc. cit.*, note 164, 326, selon lesquelles une telle substitution du rôle de la volonté dans les contrats ne peut vraiment se réaliser que par l'intermédiaire d'un texte de portée législative.

171. La conception de la *generalized good faith* est encore loin de faire l'unanimité dans l'esprit des juristes américains. Il faut pourtant constater que « [t]he notion of good faith has attained a status of legitimacy through the combined influence of the Uniform Commercial Code and Restatement (Second) of Contracts » : E. M. HOLMES, « A Contextual Study of Commercial Good Faith : Good Faith Disclosure in Contract Formation », (1978) 39 *Univ. of Pitt. L. R.* 381, 384.

172. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1935.

173. C'est tout du moins la position de J. PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 9, 28-29 : « l'insistance que met le législateur sur cette notion indique clairement que la morale n'est pas absente du droit des obligations, et devrait sensibiliser le juge, lors de l'analyse qu'il est éventuellement mené à faire des rapports d'obligation, dans son souci de rendre une meilleure justice ». Même opinion sur le rapprochement entre les deux droits dans G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1993, p. 7, commentaires de l'article 6.

2.1.2.3 Le principe de la bonne foi en droit international

Une fois encore, il ne s'agit pas de retranscrire exhaustivement la littérature particulièrement abondante quant à la notion de bonne foi en droit international¹⁷⁴. Un fait est sûr, l'établissement du concept a été grandement favorisé par la Convention de Vienne de 1980¹⁷⁵ et l'avènement de son article 7 (1) selon lequel «[p]our l'interprétation de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international».

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de cette stipulation donna lieu à deux séries de commentaires sur la portée à lui donner¹⁷⁶. Les tenants d'une vision plus littérale arguent alors que la trop grande imprécision du texte visé irait à l'encontre de l'uniformité souhaitée par la Convention, dégageant ainsi les interprétations nationales du principe¹⁷⁷. D'autres, plus nombreux, considèrent que la portée générale de la bonne foi doit être consacrée¹⁷⁸, eu égard, selon nous, à la tendance de plus en plus affirmée de ce point de vue dans la plupart des systèmes juridiques, tant de droit civil que de common law. À ce propos, cette notion souple, présente dans tous les principaux systèmes juridiques, offre l'avantage d'apporter un trait commun susceptible d'une meilleure uniformisation entre les divers pays. Une conciliation sur ce concept semble en effet possible. À titre d'exemple, pensons à la *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats*

174. Voir, par exemple, E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Éditions A. Pedone, 1977 ; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in International Law*, Aldershot (Angleterre), Dartmouth, 1991.

175. Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, A/Conf.97/18, 10 avril 1980.

176. Sur la présentation des deux tendances d'interprétation de l'article 7 (1) de la Convention, voir par exemple G. LEFEBVRE, « La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », dans P.-P. CÔTÉ ET C. DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires, Les journées Maximilien-Caron 1993*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, pp. 353-354.

177. I. DORE et J.F. DEFRANCO, « A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code », (1982) 23 *Harv. Int'l L. J.* 49, 61.

178. M.J. BONELL, « General Provisions », dans C.M. BIANCA et M.J. BONELL (dir.), *Commentary on the International Sales Law — The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Guiffre, 1987, p. 84 ; P. VOLKEN, « The Vienna Convention : Scope, Interpretation, and Gap-filling », dans P. VOLKEN et P. SARCEVIC (dir.), *International Sales of Goods : Dubrovnik Lectures*, New York/Londres/Rome, Oceano Publications, 1986, p. 42 ; J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2^e éd., Deventer/Boston, Kluwer, 1991, pp. 142-143 ; C. MOULY, « La formation des contrats », dans Y. DERAIS et J. GHESTIN, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Paris, LGDJ, 1990, p. 58.

*conclus avec les consommateurs*¹⁷⁹, où un emploi massif de la bonne foi dénote les vertus d'harmonisation de son utilisation¹⁸⁰.

2.1.3 Une vision consécutive de la notion de contrat

Il nous paraît important de mettre en évidence l'approche principale qui motiva les présents développements, à savoir que le droit, en l'occurrence le contrat, est une construction intellectuelle qui prend sa source dans l'environnement qui l'entoure, et dans les principes directeurs qui gèrent nos sociétés occidentales modernes. « Le juste et l'utile » nous semblent être des notions suffisamment larges pour permettre d'englober l'ensemble de l'opération de coopération que constitue le contrat et tenter de lier ainsi la pratique à la théorie.

Nous sommes donc aux prises avec deux courants de pensée qui ne peuvent s'ignorer : une vision constructiviste tout d'abord, qui élabore « le juste et l'utile » comme le principe choisi par la communauté d'individus à laquelle il va s'appliquer. Une approche largement basée sur la prise en considération de la réalité, le droit en dépit de son inhérente construction ne devant pas trop s'éloigner de la façon dont la pratique se passe.

Il s'agit bien là d'un dialogue entre ce qui se fait conformément à des standards socio-économiques prédéterminés¹⁸¹ et l'appréciation de la réalité, objet de réglementation. Le résultat pourrait aisément être intégré dans la notion d'attente contractuelle¹⁸² que les partenaires commerciaux peu-

179. *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, 93/13/CEE du 5 avril 1993, J.O.C.E. du 21/4/93, L. 95-29.

180. Voir à ce propos H. COLLINS, « Good Faith in European Contract Law », (1994) 14-2 *Oxford J. of Leg. St.* 229. L'adoption d'un standard commun, de portée plurinationale, ne veut bien sûr pas dire qu'il n'existera pas de différences entre la version de la bonne foi qui sera ultérieurement donnée par la Cour de justice des Communautés européennes et les droits nationaux des pays membres. Voir sur ce sujet l'article de K.G. WEIL et F. PUIS, « Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la Directive communautaire relative aux clauses abusives », (1994) 1 *R.I.D.C.* 125, où il est donné de constater des différences entre le droit allemand en la matière régi par une loi de 1976 et le nouveau droit applicable d'origine communautaire. Néanmoins, dans les deux cas, les cours statuent sur un même principe, l'influence respective de celles-ci nous permettant de croire à l'édiction future de standards unifiés afférents à la notion de bonne foi.

181. Pour reprendre un exemple en droit allemand, que nous détaillerons ultérieurement, il est ici pertinent de parler du professeur Bernard Danckelmann qui écrit « that good faith is based on value judgments of the community as a whole or of a particular section of it, and that the parties to a contract are linked together with the community », cité dans R. POWELL, « Good Faith in Contracts », (1956) 9 *Curr. L. Probs* 16, 35.

182. La notion d'« attentes » (*expectations*) est reprise en effet régulièrement par des auteurs, aussi bien de common law que de droit civil. L'on peut citer par exemple, en droit

vent déduire de la conciliation de ces deux notions. Une théorie n'est donc une théorie valable qu'à la condition de décrire fidèlement le monde qu'elle gère, tout en sachant que sa vision ne peut être dénuée d'une approche construite sur la base de standards sociétaux.

Dans un premier temps, il est clair que le droit ne peut pas être que pur constat objectif du réel. La nature spécifique du droit ne peut s'exonérer d'une vision subjective, c'est-à-dire construite par une communauté donnée, à une époque donnée. Deux raisons majeures nous incitent à croire à la nécessité de ces préceptes directeurs, basés sur la subjectivité : d'abord, parce que le droit, discipline construite, inhérente à la vie sociale, implique une série de principes auxquels s'attachent les règles régissant nos relations. Il revêt par conséquent une portée relative qui le distingue de « la vraie réalité¹⁸³ ». Création humaine par excellence, le droit ne serait que le reflet d'une tendance aperçue à travers un œil¹⁸⁴, celui de la communauté de personnes qui l'édicte¹⁸⁵. En second lieu, et cette justification tient à la

américain, R. DUGAN, « Good Faith and the Enforceability of Standardized Terms », (1980) 22 *Wm. and Mary L. R.* 1, 12-13, où la bonne foi d'un contrat d'adhésion peut être analysée au regard de quatre questions essentielles : « (1) Did the nondrafting party entertain a specific interest or expectation in respect to the subject matter regulated by the challenges standardized term ? (2) Was the interest legally cognizable ? (3) Did the drafter have notice of the expectation or interest ? (4) Did the drafter unduly disregard the interest or expectation ? A finding of bad faith requires an affirmative answer to all four questions. » Pareillement, en droit français, citons l'arrêt de la *Cour d'appel de Colmar du 28 mars 1969*, [1969] D. 735, où il est entendu que la bonne foi est bafouée « chaque fois que celle-ci s'écarte directement ou indirectement, de ce qui répond aux prévisions normales ».

183. Comme le prétend P. WATZLAWICK, « Préface », dans P. WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité : ou comment savons-nous ce que nous croyons savoir*, Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 9 : « une réalité inventée ne peut — précisément parce qu'elle est inventée — être la vraie réalité ». Dans le même sens, il nous plaît de citer J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, acte 2, scène 5, p. 121 : « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »

184. P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26-1 *R.J.T.* 1, 6-7 : « Il s'ensuit que, selon que l'on prête tel ou tel sens aux paroles du législateur, selon que l'on entend de telle façon ce qu'elles veulent dire, on aura présente à l'esprit telle règle ou telle autre règle, éventuellement très dissemblable [...] C'est précisément en ce sens que je parle de la non-objectivité de la réglementation juridique : je veux dire par là que cette réglementation ne nous fait pas face objectivement ; elle n'est présente qu'en nous-mêmes, et elle n'est présente en chacun de nous qu'au terme d'un processus intérieur de reconstitution, de décodage et d'analyse par notre esprit à partir des signes émis par le législateur. C'est par ce sas de notre propre subjectivité que l'œuvre du législateur nous est donnée [...] En réalité, il n'y a jamais de déjà lu du sens indépendamment du sujet qui le construit. »

185. Cela relève de l'opposition fondamentale entre le droit et la connaissance du droit. Cela nous amène aussi à parler de l'opposition classique entre privé et public, particulièrement présente en droit des contrats. Le droit privé n'existerait donc pas véritablement, l'ins-

nature spécifique du droit, le fait d'ériger des guides relatifs à la constitution de principes directeurs, même évasifs, est le moyen de vaincre l'imprévisibilité qui nuit à la cohérence de la matière. Cette mission de dire le droit, conformément à ce qui est prévisible, relève du deuxième objectif du droit, après l'objectif qualitatif lié à la justice et à l'utilité, en l'occurrence celui de la sécurité.

Dans un second temps, nous voulons éviter qu'un décalage trop important puisse se faire entre le droit et la pratique ; et c'est la raison pour laquelle la vision macneillienne nous intéresse beaucoup.

Eu égard à l'efficacité que peut apporter la prise en considération du réel, et étant donné l'inhérence du phénomène « constructif » dans l'acte de normativité, il nous semble nécessaire d'établir un équilibre entre les deux¹⁸⁶.

La voie que nous souhaitons privilégier pourrait être regardée comme médiane entre une vision objective et subjective, entre la simple description et un regard constructiviste. Car, si « l'utile et le juste » représentent bien un principe directeur choisi, et donc sujet à appréciation subjective, il doit être objectivé par la portée que nous comptons lui voir allouer.

Cette vision constructiviste, qui nous permet d'attribuer une portée générale à la notion « du juste et de l'utile », ne doit pas pour autant permettre d'y voir un concept pur, reflétant davantage une croyance qu'un état¹⁸⁷. Il faut plutôt, au regard de la sécurité¹⁸⁸ guidant le droit qui le distingue d'autres sciences sociales, accompagner ces principes directeurs de règles plus pratiques¹⁸⁹, faisant « référence aux usages, à une règle morale de comportement, ou même à l'évidence du bon sens¹⁹⁰ ». C'est en ce sens que

tauration des règles ayant aussi le rôle de régulateur de normes sociales. À ce propos, M. COHEN, *loc. cit.*, note 32, 589, déclare : « We may thus view the law of contract not only as a branch of public law but also as having a function somewhat parallel to that of the criminal law. Both serve to standardize conduct by penalizing departures from the legal norm. »

186. M. CORRADO, « The Place of Formalism in Legal Theory », (1992) 5 *Nt. Car. L. R.* 1545, 1552-1553 : « [f]irst propositions of law cannot be reduced to propositions of morality. The simple reduction of law to morality would yield a very simple-minded sort of natural sort of natural law theory indeed. Not everything that ought to be the case is, or even ought to be, law [...] Second, legal statements cannot be reduced to statements descriptive of institutional facts. »

187. G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », (1946) *RTD civ.* 75, 76 : selon lui, ce concept « est composé d'un substantif d'allure religieuse, auquel est accolé un qualificatif d'appréciation morale [risquant] d'induire en erreur ».

188. *Infra* : voir à ce propos les développements apportés dans la section 2.2.

189. G. CORNU, *Regard sur le titre III du livre III du Code civil*, Cours D.E.A. droit privé, Paris II, 1976-1977, p. 214, n° 289.

190. *Ibid.*

la vision de Macneil nous est utile : notre intention est de modeler les principes directeurs sur la réalité que cet auteur a tenté de représenter¹⁹¹ et d'en dégager des normes qui nous permettront de dire de façon concrète et pratique ce que sera le droit.

2.2 La nécessité de l'objectivation des éléments subjectifs choisis

En effet, le droit ne peut se permettre de rester dans le flou ; il est un outil de régulation relationnelle et, à ce titre, nécessite une capacité à trancher, à dire le bien ou le mal. Aussi, afin de concrétiser les données quelque peu abstraites que nous venons d'exposer, il nous semble nécessaire d'objectiver les données précédentes par des techniques propres à apporter une certaine forme d'assurance dans les transactions. Ce processus d'« objectivation » ne contredit pas l'approche très réaliste que nous avons pu défendre jusqu'alors.

La sécurité est en effet, selon nous, une constante qui a toujours été consacrée dans les échanges, principalement commerciaux. En effet, deux fonctions principales paraissent, croyons-nous, devoir être remarquées quant à l'emploi d'un document : il s'agit en premier lieu de la *capacité d'expression* d'un fait de l'esprit de manière à le communiquer à autrui. En second lieu, cette idée doit être matérialisée de façon à pouvoir, le cas échéant, donner lieu à une utilisation postérieure, c'est-à-dire une matérialité dotée d'une tangibilité suffisante. La seconde fonction du mode de communication exigera donc une certaine permanence, conformément à des impératifs de *sécurité*¹⁹². L'EDI n'est, à notre avis, qu'un procédé de

191. Voir à ce propos les développements apportés dans la section 1.2.2.1.

192. Pour argumenter quant à l'importance de ces deux fonctions à l'occasion d'un engagement entre des cocontractants, il nous est possible de regarder trois époques, chacune d'elles se distinguant par la différence de leurs procédés. Premièrement, 18 siècles avant Jésus-Christ, le code de Hammurapi (ou Hammurabi) déterminait que les contrats se faisaient par le serment des cocontractants, chacun s'engageant à respecter les obligations qui étaient alors déterminées. Ces contrats oraux étaient sécuritaires, car la sanction était affirmée par des considérations telles que des croyances surnaturelles, la force de l'honneur, la petitesse des sociétés, etc. Le changement progressif de ces données consacra l'obsolescence du procédé et expliqua le succès du support papier. Deuxièmement, de manière équivalente, et à des siècles différents selon les peuples, l'écrit est progressivement venu se substituer au support « parole » alors en vigueur, ou du moins le concurrencer. La généralisation du support papier, amplifiée par l'apparition de l'imprimerie, vint révolutionner les habitudes. Le contrat fut alors de plus en plus tributaire de l'écrit qui le supportait, étant donné sa matérialité source de crédits et de bien des avantages. Troisièmement, aujourd'hui, et sans aucun doute demain, l'EDI et la kyrielle des outils affiliés à celui-ci permettent d'entrevoir une voie nouvelle qui ne s'apparente à aucune des deux précédentes : le papier et la parole. La variété des applications informatiques autorise à croire que l'ampleur de l'évolution qui pointe désormais fait

communication, c'est-à-dire un outil de coopération, qui ne parviendra à s'imposer comme un instrument efficient qu'à la condition de respecter la capacité d'expression et la sécurité nécessaires pour tout acte constitutif d'obligations. L'importance donnée à ce critère de sécurité est que, conformément à un point de vue faustien, il vaut mieux une injustice qu'un désordre¹⁹³.

Aussi, la conception macneillienne que nous avons vue précédemment, déjà atténuée par l'ajout « constructiviste » que nous voulions lui allouer en intégrant le concept « du juste et de l'utile », ne devra pas se désolidariser de la nature sécuritaire, propre au droit. Néanmoins, le contrat, outil juridique destiné à la prévision du futur, reproduit d'ailleurs cette donnée. Selon les dix normes de Macneil, il serait possible, d'après nous, de retrouver cet impératif, notamment dans les notions d'« intégrité du rôle¹⁹⁴ », de « réciprocité¹⁹⁵ », de « création et de restriction de pouvoirs », ou de « pertinence des moyens¹⁹⁶ ».

Nous sommes donc à la recherche de moyens, d'indices, qui seraient susceptibles de déterminer la manière selon laquelle le droit « juste et utile » parviendra à se matérialiser en ce qui concerne les parties d'un contrat. L'objet du présent paragraphe n'est sans doute pas de faire la liste exhaus-

du support « ordinateur » un mode d'expression susceptible de former des ententes contractuelles. Cette croyance dans les possibilités permises se fonde, selon nous, sur un critère commun que l'EDI partage avec les autres moyens cités. Il s'agit de la sécurité qui permet de caractériser les communications par ordinateur. La possibilité de fraude est donc l'élément primordial qui détermine la viabilité, ou plutôt la « non-viabilité » d'un mode de formation de contrat. Voir M. WEBER, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978.

193. A. KATZ, *loc. cit.*, note 153, 218: « Instead, the prevailing if implicit paradigm is well captured by the homily that it is more important for the law to be settled than to be settled correctly [...] Rather, the law of offer and acceptance serves primarily a coordinating function, in much the same way that traffic ordinances do. And while we need rules to tell motorists on which side of the road to drive, it may not matter whether motorists are to be instructed to keep left or to keep right, so long as they are all instructed similarly. » Même esprit de R.E. SCOTT, « A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts », (1990) 19 *J. of L. Stud.* 597, 598, selon lequel: « The conventional assumption, therefore, is that in such commercial environments it is more important for the law to be certain than to be right. »
194. Une des trois composantes de la notion d'*integrity role* est celle de la « consistance ». J'entends dans ce concept un moyen de déterminer avec assurance ce qu'il est loisible d'attendre de la personne avec laquelle l'on fait affaire. *Supra*, section 1.2.1.2.
195. Cette notion aussi fait appel à la prévisibilité. La réciprocité, norme sociale, va tenter de déterminer ce à quoi une personne, dans le cadre d'un échange donné, est susceptible de s'attendre.
196. Cette norme établie par Macneil introduit aussi l'idée qu'il est des situations qui réclament des comportements appropriés.

tive de ces outils. Nous en retiendrons deux, particulièrement pertinents dans le domaine de l'EDI qui est le nôtre.

2.2.1 L'emploi de la notion d'« accord de volontés »

La rencontre des volontés, et non la seule volonté, présente l'avantage d'établir avec précision deux éléments utilitaires dans la conduite des contrats : d'abord, elle détermine, pratiquement, comment, quand et où le contrat est formé. Ainsi, il est possible, par l'intermédiaire de l'offre et de l'acceptation, de répondre à ces trois questions en se fiant aux manifestations de volontés exprimées par les parties. Ensuite, cela permet de créer un lien de responsabilité direct entre l'acte juridique et les parties¹⁹⁷, et ce, selon une démarche simple¹⁹⁸.

Dans le cadre de cette approche précisément juridique, il faut d'abord parler de Wallace K. Lightsey¹⁹⁹ qui, tout en signifiant son attachement à Macneil²⁰⁰, apporte des atténuations à l'applicabilité de sa théorie. Selon lui, la relation contractuelle étant foncièrement différente de la relation statutaire, on ne peut totalement réduire le rôle de la volonté. Celle-ci n'est certes pas l'essence du contrat, mais elle exerce néanmoins « a vital function in triggering obligation²⁰¹ ». Dans le même ordre d'idée, et selon une similitude d'argumentation surprenante, Jacques Ghestin présente une opinion comparable selon laquelle

197. J. GHESTIN, *op. cit.*, note 147, p. 193. L'auteur soulève en effet l'importance de faire respecter la « parole donnée ». Et c'est en ce sens qu'il est difficile de faire abstraction totalement de la volonté : quoi de mieux pour responsabiliser juridiquement les parties que de prétendre que celles-ci sont liées volontairement ? Dans la majorité des cas, et surtout dans le commerce, c'est une fiction, l'appel du négoce étant la motivation véritable. Il s'agit donc bien de nier sciemment la réalité afin que le droit puisse remplir son objectif de sécurité. Cette extériorisation, selon M. DURMA, *La notification de la volonté — Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Paris, Sirey, 1930, p. 23, « n'est pas seulement un signe de l'intérieur, elle a une valeur propre. En plus de ce sens propre que l'individu se doit de reconnaître, « la manifestation de volonté est la forme sociale juridiquement reconnue de l'auto-détermination dans les rapports du droit » » : ENDEMANN, *Einführung in das studium des Bundes Recht*, t. 3, 1898, p. 265.

198. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1911, p. 65 : « On veut avant tout, la sécurité dans les transactions et elle ne peut être atteinte que par la simplicité (relative d'ailleurs) que donne une règle partout applicable. »

199. W.K. LIGHTSEY, « A Critique of the Promise Model of Contract », (1984-85) 26 *Wm. and Mary L. R.* 45.

200. *Id.*, 66.

201. *Id.*, 68-69 : la volonté joue « a vital role in triggering obligation but a trivial role in shaping it [...] the relationship itself may also be a source of contractual obligation ». Notons que Macneil lui-même reconnaît ce *triggering role*. *Supra*, note 116.

[il] est finalement permis d'affirmer que le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle. L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat. Cependant, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit, l'accord des volontés reste le critère du contrat²⁰².

À l'appui de ces auteurs, nous préconiserons donc une valeur juridique-utilitaire de la volonté, qui par conséquent peut se détacher de la définition psychologique, subjective, qui faisait de la volonté une intention des cocontractants, même non déclarée²⁰³. La déclaration des volontés, plutôt que celles qui sont seulement « intentionnalisées », va jouer un rôle primordial dans l'instauration des conventions, la compréhension générale primant une fois encore sur le sens donné personnellement par une partie. Retenons, pour matérialiser ce rôle de « déclencheur » que détient la volonté, la citation du professeur Henri Mazeaud selon laquelle « la volonté n'est qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs²⁰⁴ ». Ainsi, on peut voir, dans le cadre de la section 2.2, que la sécurité, inhérente à la fonction du droit, est ici vue comme étant une limite à l'apport subjectif basé sur « l'utile et le juste ». Néanmoins, la conséquence du reclassement de la volonté en simple norme technique et utilitaire, et non en fondement même du contrat, fait que celle-ci n'est pas absolue et est donc sujette à la concurrence d'autres moyens d'objectivation du droit.

2.2.2 La prise en considération des usages commerciaux internationaux

Mais la volonté en tant que norme technique d'objectivation du droit ne suffit pas. Elle est particulièrement utile en matière de formation du contrat, pas dans son exécution. Il est donc nécessaire de faire référence à un moyen autre, de portée plus générale. Nous évoquions plus haut la notion de bonne foi et les attraites qu'il nous semble possible d'en retirer. Néanmoins, celle-ci ne doit pas être trop vague. En effet, en pareil cas, une des critiques que l'on apporte souvent est que cela permet « au juge de substituer sa propre conception à celles des parties. La bonne foi se confond alors avec les notions d'équité, d'ordre public et d'abus de droit²⁰⁵. » C'est précisément

202. J. GHESTIN, *loc. cit.*, note 147, 150. Voir aussi G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 11, p. 400, selon lequel offre et acceptation ne sont que les éléments constitutifs d'une norme en tant que « procédure ».

203. *Ibid.*

204. H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1956, p. 91, n° 116.

205. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1989, p. 17. À la différence de J. LEVIN et B. MCDOWELL, *loc. cit.*, note 128, 24, qui prônent une balance entre les deux notions que sont la volonté et la bonne foi, Yves Picod considère que celles-ci n'ont pas pour vocation de se

pour ne pas tomber dans un tel excès que la référence à des usages communs nous semble être salubre, apportant ainsi une vision objective et déterminable.

Un autre moyen d'objectiver la norme applicable nous semble pouvoir être également retenu avec le concept d'usage. Il permettrait en effet de regrouper les trois critères dont nous parlions précédemment, soit la prise en considération de la pratique, une norme construite par et pour une communauté donnée et le caractère objectif, c'est-à-dire le moyen de rendre le droit déterminable. La référence à l'usage nous fait également penser à la définition de la bonne foi en droit allemand où ce dernier concept est directement relié aux usages communs (*Die Verkehrssitte*)²⁰⁶. Une telle perception nous rappelle d'ailleurs d'autres sources²⁰⁷. La bonne foi garde alors une portée plus objective, permettant aux tribunaux d'être moins réticents à l'utilisation d'un tel concept²⁰⁸. Il est vrai que l'usage bénéficie d'une traditionnelle reconnaissance dans le domaine commercial que nous

concurrer. Parlant de la bonne foi, il estime qu'elle « n'est ni à l'intérieur, ni au-dessus de la volonté des parties, mais elle est au-delà » (p. 82), ce qui lui vaut de voir en celle-ci un concept autonome.

206. R. POWELL, *loc. cit.*, note 181, 31 : l'auteur explique que comparativement au droit français qui fait référence à une notion morale de la bonne foi, difficilement interprétable par les juges, le point de vue allemand, plus objectif, permet un développement plus harmonieux du concept. Cela correspond à l'article 242 BGB, qui retranscrit une vieille tradition germanique, instaurée par Herder, qui écrit en 1774 que la raison universelle instituée par les philosophes des Lumières n'existe pas. Seule importe la prise en considération des usages communs, « fruit de l'action involontaire et silencieuse de l'esprit de la nation » : A. FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Folio Essais, 1987, p. 21. Sans entrer dans le détail d'une histoire riche en évolution, citons aussi O. SPENGLER, *Le déclin de l'occident*, t. 1, Paris, Gallimard, 1948, p. 33, qui, s'affranchissant de tout nationalisme, considère que cette « incubation culturelle », qui modèle nos grandes institutions sociales, dont le contrat, embrasse des domaines géographiques beaucoup plus vastes que celui d'un pays. Il sépare ainsi huit grands secteurs, huit grandes civilisations, dont l'occidentale. Cette dernière influence fortement les usages commerciaux internationaux qui font l'objet de notre étude. Ces usages sont en effet le fruit d'un processus de mûrissement de pratiques sociétales, inspiré par le cadre social, et imposé à l'individu, acteur en l'occurrence dans le milieu du commerce international.
207. Voir la définition de B.J. REITER, « Good Faith in Contracts », (1983) 17 *Val. U. L. Rev.* 705, 706. Ici, la bonne foi est vue comme « a relevant-community standards of appropriate behavior ».
208. On peut citer à titre d'exemple la décision de la Cour suprême d'Autriche (de tradition germanique), du 18 novembre 1982, où il est établi que par le fait de faire appel à la *Lex mercatoria* pour « résoudre, à l'aide du principe de bonne foi et de confiance réciproque le problème », le juge avait « ainsi appliqué un principe immanent de droit privé » ; cité par J. GHESTIN, *op. cit.*, note 147, p. 204. Voir aussi « Sentence arbitrale du 26 octobre 1979 : Cour d'arbitrage de la C.C.I. — cas n° 3131 », (1983) *R. de Arb.* 525, 530-531.

études, international de surcroît²⁰⁹, et sa pertinence paraît particulièrement adaptée en matière d'EDI, encore mal appréhendés par des textes appropriés.

En effet, il est difficile de parler d'environnement électronique sans donner une portée internationale au domaine de notre étude. La nature résolument transfrontalière des communications exige une coopération des pays qui décident de s'y adonner. Or, la notion d'usages qui est parfois vue comme étant secondaire en droit interne, étant donné l'existence de normes concurrentes bien établies, va se révéler d'une importance tout autre lorsque justement les règles en vigueur sont moins bien établies, moins nombreuses et moins reconnues pour leur efficience par la communauté juridique²¹⁰. Devant ces doutes, la *Lex mercatoria*²¹¹ sera donc une source importante relativement à notre sujet d'étude, celle-ci étant basée justement sur des normes qui s'opposent au concept individualiste de volonté²¹². Ainsi, le nouveau système de communication par EDI, aux possibilités financières

209. H. DE VRIES, « Avant-propos », dans F. EISENMANN, *Usages de la vente commerciale internationale — Incoterms aujourd'hui et demain*, coll. « Exporter », Paris, Éditions Jupiter, 1972, pp. 16-17 : l'auteur expose dans ce court préambule l'importance de la pratique sur les travaux de codification effectués par les organismes internationaux compétents et de la nécessité de réactualiser les concepts retenus avant que ceux-ci « ne finissent par se scléroser face aux développements modernes de la pratique ».

210. G. MORIN, « Le devoir de coopération dans les contrats commerciaux internationaux. Droit et pratique », (1980) 6 D. & P.C.I. 9. L'auteur traite du devoir implicite de coopération découlant des usages internationaux, notamment ceux qui sont dispensés par la Chambre de commerce internationale.

211. L'expression a 30 ans et provient du professeur français B. GOLDMAN, « Frontières du droit et Lex Mercatoria », (1964) 9 Arch. Phil. Dr. 177, qui voulut introduire l'idée, largement suivie aujourd'hui malgré des controverses très soutenues, qu'il était possible d'apercevoir un système juridique indépendant de l'intervention des États. L'« anationalité » d'un ordre juridique oppose donc depuis les opinions, laissant entrevoir l'intervention croissante d'organismes professionnels dans la production des règles de conduite des acteurs du commerce international. Sans nous étendre sur une question qui, à elle seule, mérita bien des développements, nous abondons dans le sens du courant doctrinal majoritaire qui admet l'existence de la spécificité « anationale » de certaines règles applicables en matière de commerce international. En résumé, et conscient du caractère réducteur d'une telle définition, on peut prétendre que la *Lex Mercatoria* correspondrait à un agglomérat de règles qu'il serait possible d'élaborer à partir des principes généraux du droit, du contrat type, des codifications professionnelles, des pratiques stables, des sentences arbitrales.

212. F. OSMAN, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria — Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, t. 224, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1992. On peut souligner la Sentence n° 3131 du 26 octobre 1979, précitée, note 208, 530 : « l'un des principes qui inspirent [la *Lex mercatoria*] est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats. L'accent mis sur la bonne foi contractuelle est d'ailleurs l'une des tendances qui révèle la convergence des législations nationales en la matière. »

nombreuses, ne peut que recevoir un appui majeur de la pratique qui parviendra d'autant mieux à créer un usage ferme, dès lors que « les solidarités professionnelles » seront fortes²¹³.

Nous chercherons donc à déterminer quels sont les usages adaptés aux EDI applicables en la matière. Dans cet ordre d'idée, la doctrine a évoqué des notions telles que les *éditerms*²¹⁴ ou la *Lex electronica*²¹⁵ qui seraient susceptibles d'organiser avec la souplesse escomptée les relations commerciales internationales effectuées par EDI. Le concept d'usage commercial, propre aux EDI, serait, selon nous, le moyen de permettre à une même norme de concilier les besoins contradictoires de sécurité et d'adaptation évolutive. La vitesse d'évolution, les disparités nationales sont autant de raisons qui rendent l'éventualité d'une loi, d'un traité, peu pertinente. À côté de cela, l'usage dispose d'une souplesse et d'un lien solide avec la réalité technologique. Le juriste, sans abdiquer la portée normative du droit, se doit par conséquent de garder un regard sur cette réalité, et ce, en s'enquérant des solutions techniques que la modernité lui offre.

En relation avec la dichotomie présentée par Clare Dalton²¹⁶, il est possible de déterminer que l'apport subjectif relié « au juste et à l'utile » se traduit principalement par une proposition de *régulation des pouvoirs*, alors que les limites présentées relativement à la sécurité, quant à elles, ont pour fonction de s'intéresser au droit en tant que moyen assurant la *connaissance* entre les parties. Nous retrouvons ainsi les fonctions premières du droit, qui doivent, en plus du fait de s'équilibrer entre elles, s'appliquer de surcroît avec la matière, objet de la réglementation, c'est-à-dire le contrat. Un compromis entre ces objectifs contradictoires est donc à déterminer. Appliqué au commerce électronique, le travail du juriste dans les années à venir

213. P. KAHN, « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française », dans JOURNÉE D'ÉTUDES JURIDIQUE JEAN DABIN, *Le contrat économique international—Stabilité et évolution*, t. 9, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 176 : « il existe des zones où un système de droit matériel international a été élaboré alors que subsistent des zones où le système n'est que partiel et qu'il n'y a système complet que là où les solidarités professionnelles sont fortes. C'est sans doute une constatation sociologique banale. »

214. C. XUEREF et P. BROUSSE, « EDI : des « Editerms » pour traiter les problèmes juridiques de l'Échange de Données Informatisées [1] », (1992) 1 *D.I.T.* 6 ; C. XUEREF et P. BROUSSE, « EDI : des « Editerms » pour traiter les problèmes juridiques de l'Échange de données informatisées [2] », (1992) 3 *D.I.T.* 7.

215. Expression proposée par P. TRUDEL, « Internet et commerce électronique : réglementation et autoréglementation », Conférence du 30-31 août 1995, à Montréal, *Faire des affaires en toute sécurité sur les autoroutes de l'information*, Institut Mondial EDI et CRDP.

216. C. DALTON, *loc. cit.*, note 45, 999.

sera de proposer un partage des responsabilités dans le cadre de ces relations multilatérales. La question est éminemment politique, au sens étymologique, et doit se faire en accord avec la communauté d'acteurs visés.

Conclusion

Le droit, dans son office de gestion de la « réalité vivante », ne peut s'affranchir d'un regard réaliste sur cette matière mouvante, ce qui va à l'encontre de sa tendance cristallisatrice et des principes directeurs subjectifs qui mènent son emploi. Cette ambition, cette volonté de vouloir trop bien décrire ce qui est vraiment seront donc limitées par la concurrence d'objectifs autres. Un équilibre nous semble devoir être satisfait entre le *vrai*, le *sûr* et le *vouloir*²¹⁷, qui ne peut méconnaître les usages en vigueur²¹⁸. Un savant dosage empêchera donc chacune de ces données de prendre une place démesurée par rapport aux deux autres²¹⁹. Ces trois éléments correspondent, nous semble-t-il, aux trois niveaux d'intervention du droit, c'est-à-dire respectivement la « réalité vivante », le droit positif et les principes directeurs.

217. Selon J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 287-288, les fonctions de la loi (dans un sens très large, proche de la notion de droit) peuvent se « classer autour de deux pôles : statique et dynamique, sécurité et progrès ». Cela nous semble reprendre les critères de sécurité et de subjectivité décrits plus haut, auxquels nous avons cru bon d'adjoindre le concept de vrai, d'objectivité, de réalité vivante, en tant que guide des deux premiers.

218. Selon J. HAMEL, cité dans M. HANNANI, « Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services », (1985) 26 C. de D. 633, 636, « [u]ne institution juridique ne s'incorpore définitivement dans la vie des affaires que si elle s'harmonise avec la morale courante de la vie commerciale et si elle met dans un heureux équilibre les droits et les obligations des parties en présence ». Cette adéquation avec cette pratique courante si importante est en effet le meilleur moyen d'assurer la stabilité qui est peut-être la mission première que le droit, conservateur par essence, a tenté de satisfaire. Néanmoins cet objectif, et c'est un phénomène récent, est contrecarré par le fait que le changement est devenu une priorité pour des raisons d'efficience. E. KATSH, *op. cit.*, note 49.

219. Même si la sécurité est souvent perçue comme étant une des fonctions premières du droit, elle-même ne devra pas exercer une trop grande pression sur le « vrai » et le « vouloir », sous peine de scléroser indûment la pratique. Voir à ce propos R.B. FERGUSON, « Commercial Expectations and the Guarantee of the Law : Sales Transactions in Mid-19th Century England », dans G. RUBIN et D. SUGARMAN, *Law, Economy and Society, 1750-1914 : Essays in the History of English Law*, Abingdon, Professional Books, 1984, p. 192, où le *Statute of Frauds* de 1677 imposant la condition de l'écrit à la plupart des contrats était très peu suivi dans le domaine de la bourse. Les inconvénients qui découlaient de cette règle étaient en effet suffisamment contraignants pour que le contrôle social du milieu boursier soit capable de s'en exonérer. Sans exposer une donnée théorique très vaste, il est aisé de déduire de cet exemple la conception du pluralisme juridique élaborée par l'auteur italien S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

Nous avons donc tenté d'exposer ici une approche du contrat, plus précisément du contrat par EDI, que nous pourrions présenter comme étant teintée de structuralisme. La volonté, identification du sujet, n'existe en effet pas par rapport à ce qu'elle représente, mais plutôt en faisant référence à un réseau de relations environnantes. Le droit lui-même n'est rien sans la mise en avant de relations liant les membres d'une communauté donnée. Ce transfert, du sujet vers la structure, a pour effet de modifier l'essence même du contrat et de consacrer par là même la substitution d'un élément subjectif, que nous qualifierons « de juste et d'utile », à la place du sacro-saint concept de volonté. Mais alors que la subjectivité du second prend sa source dans une construction philosophique du XIX^e siècle, le premier parvient davantage à s'harmoniser avec la réalité, inspiration première du droit. Cette donnée subjective se trouve donc atténuée par deux catégories de considérations qui nous semblent être incontournables : la première est que « le juste et l'utile » doivent être calqués objectivement sur la pratique que le droit a pour office de réguler. Cette exigence se base sur le désir de parvenir à une certaine adéquation entre la pratique et les principes théoriques, dirigeant le droit positif. La seconde tient à la spécificité du droit en tant que matière réglant les litiges ; une nécessaire sécurité liée à la connaissance du droit constitue une limite supplémentaire à l'épanouissement des principes subjectifs choisis²²⁰. Droit et vérité sont par conséquent inconciliables, conformément au dire de Cicéron²²¹, le bon contrat n'étant qu'une approximation²²². Mais peut-on être guidé par autre chose qu'un objectif inaccessible ?

220. Cette vision ne nous semble, en définitive, pas très éloignée de celle qui est défendue par A.T. VON MEHREN, « Choice of Law and the Problem of Justice », (1977) 41 *L. and Cont. Probs* 27, 29, où l'auteur définit sa vision de la justice par les trois composantes que sont l'égalité, la prévisibilité et la promotion de valeurs sociales. Si nous n'avons pas pris soin d'élaborer la première de ces trois données, la subjectivité et la sécurité nous semblent par contre pouvoir être retrouvées aisément dans les deux dernières.

221. *Supra*, note 2.

222. H. MATISSE : « L'exactitude n'est pas la vérité. »